

# **ENEFORHANDLERAVTALER UNDER KFO. 2790/99**

En analyse av betingelsene for fritak

Kandidatnr: 444

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25.11.03

Til sammen 14 940 ord

Dato: 25.11.03

## **Innholdsfortegnelse**

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	PROBLEMSTILLING OG TEMA FOR OPPGAVEN	1
1.2	RETTSKILDER	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>AVTALEN OG DENS VIRKNINGEN PÅ KONKURRANSEN</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	HVA ER EN ENEFORHANDLERAVTALE?	5
2.2	AVTALENS RESTRIKSJONER PÅ DEN FRI KONKURRANSE	7
2.3	NEGATIVE SIDER VED AVTALEN SOM OMFATTES AV EF ART. 81 (1)	8
2.4	POSITIVE SIDER VED AVTALEN SOM BEGRUNNER FRITAK UNDER KFO. 2790/99	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>AVTALER INNENFOR FORORDNINGENS VIRKEOMRÅDE</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	KRAV TIL ENEFORHANDLERAVTALEN I FORORDNINGENS ART. 2	10
3.2	PARTER I ENEFORHANDLERAVTALEN	12
3.3	ULIKE LEDD I KJEDEN	14
3.4	AVTALENS BETINGELSER TIL VIDERESALG	15
3.5	VARER ELLER TJENESTER	17
3.6	SÆRLIGE AVTALEPARTER	18
3.6.1	SAMMENSLUTNINGER OG ENEFORHANDLERAVTALER	18
3.6.2	KONKURRENTER OG ENEFORHANDLERAVTALER	21
3.6.2.1	Hovedregel	21
3.6.2.2	Unntak	23
3.7	ANDRE FORORDNINGER OG ENEFORHANDLERAVTALER	25
<b><u>4</u></b>	<b><u>KRAV TIL MARKEDSANDELEN PÅ DET RELEVANTE MARKED</u></b>	<b><u>27</u></b>
4.1	PROBLEMSTILLINGER UNDER ART. 3	27
4.2	PARTENES MARKEDSANDEL	28
4.3	AVGRENSNING AV DET RELEVANTE MARKED	29

<b>4.4</b>	<b>ØVRIGE SPØRSMÅL</b>	<b>31</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>RESTRIKSJONER SOM UTELUKKER FRITAK</u></b>	<b><u>33</u></b>
<b>5.1</b>	<b>INNLEDENDE BEMERKNINGER</b>	<b>33</b>
<b>5.2</b>	<b>PRISRESTRIKSJONER</b>	<b>34</b>
<b>5.3</b>	<b>TERRITORIALE VIDERESALGSRESTRIKSJONER</b>	<b>37</b>
5.3.1	HOVEDREGEL	37
5.3.2	UNNTAK	38
<b><u>6</u></b>	<b><u>RESTRIKSJONER PÅ VIDERESALG AV KONKURRERENDE PRODUKTER</u></b>	<b><u>43</u></b>
<b>6.1</b>	<b>KONKURRANSEKLAUSULER I ENEFORHANDLERAVTALER</b>	<b>43</b>
<b>6.2</b>	<b>KONKURRANSEKLAUSULER UNDER AVTALEPERIODEN</b>	<b>44</b>
<b>6.3</b>	<b>KONKURRANSEKLAUSULER ETTER ENEFORHANDLERAVTALENS UTLØP</b>	<b>46</b>
<b>6.4</b>	<b>FØLGER FOR KONKURRANSEKLAUSULER SOM STRIDER MOT ART. 5</b>	<b>46</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>48</u></b>
<b>7.1</b>	<b>BØKER</b>	<b>48</b>
<b>7.2</b>	<b>ARTIKLER</b>	<b>49</b>
<b>7.3</b>	<b>ELEKTRONISKE DOKUMENTER</b>	<b>49</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>LOVGIVNING OG KOMMISJONSMEDDELELSER</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b>8.1</b>	<b>TRAKTATER</b>	<b>50</b>
<b>8.2</b>	<b>FORORDNINGER</b>	<b>50</b>
<b>8.3</b>	<b>KOMMISJONSMEDDELELSER</b>	<b>51</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og tema for oppgaven

Oppgaven vil ta for seg den konkurranserettslige regulering av eneforhandleravtaler i Kommisjonsforordning 2790/99 (Kfo. 2790/99). Hovedproblemstillingen i oppgaven er å avgjøre når en eneforhandleravtale omfattes av dette gruppefritaket. Gruppefritaket vil gjøre det enklere for partene å forutberegne om eneforhandleravtalen deres er tillatt etter konkurransereglene til EF-retten, noe som igjen fører til at avtaleprosessen effektiviseres. Vurderingstemaet til oppgaven er å ta stilling til hvilke nærmere betingelser forordningen stiller for fritak. Analysen må foretas ut fra de bestemmelsene i forordningen som er relevante for eneforhandleravtaler.<sup>1</sup>

Eneforhandleravtaler er en vanlig form for eksklusiv distribusjonsavtale mellom næringsdrivende virksomheter, og den regulerer partenes atferd på markedet. Avtalen utelukker andre forhandlere enn eneforhandleren fra konkurransen innenfor et avgrenset geografisk område, og den kan derfor begrense distribusjonen på Fellesmarkedet. På denne måten kan avtalen ”hindre, innskrenke eller vri konkurransen på det felles marked [...]”, jf. EF-traktatens art. 81 (1), som igjen resulterer i at den ikke er tillatt.<sup>2</sup> Den vide formuleringen til bestemmelsen fører imidlertid til at avtaler som er overveiende positive for konkurransen også vil omfattes. EF art. 81 (3) gir derfor en skjønnsmessig adgang til å frita individuelle avtaler eller grupper av avtaler fra EF art. 81 (1) dersom de er overveiende positive for konkurransen på Fellesmarkedet. Kommisjonen har i den forbindelse<sup>3</sup> utstedt et gruppefritak for vertikale avtaler som

---

<sup>1</sup> En nærmere analyse av betingelsene for fritak gis i kapittel 3 til 6.

<sup>2</sup> Den rettslige følge av at avtalen faller under EF art. 81 (1), er at avtalen ikke har noen rettsvirkning jf. EF art. 81 (2).

<sup>3</sup> Det rettslige grunnlag til Kfo. 2790/99 er jf. preambelens pkt.1 Rådsforordning 19/65/EØF og EF art. 81 (3). Rådsforordningen, som Rådet har utstedt med hjemmel i EF art. 83 nr. 2 e) gir Kommisjonen personell kompetanse og EF art. 81 (3) materiell kompetanse for utstedelse av forordningen. I følge EF art. 81 (3) kan det gis fritak for ”avtaler” eller ”grupper av avtaler”. Rådet finner her at begrepet ”grupper

anses å være overveiende positive for konkurransen i Kfo. 2790/99.<sup>4</sup> Eneforhandleravtaler regnes å ha positive virkninger på konkurransen ved at den legger forholdene til rette for nyetableringer, effektiviserer distribusjonen og skaper stordriftsfordeler. Denne type avtale er derfor innenfor området til de avtaler som reguleres av Kfo. 2790/99.<sup>5</sup>

En forholdsvis ny Rådsforordning, Rfo. 1/2003, endrer de prosessuelle reglene innenfor konkurranseretten i EF. Forordningen trer i kraft 01.05.04, og vil bl.a. gi EF art. 81 (3) direkte virkning. Forordningen innebærer likevel ingen realitetsendring for anvendelsen av Kfo. 2790/99. Denne vil fremdeles stå i samme stilling. De eneforhandleravtaler som faller utenfor forordningen vil imidlertid nyte godt av endringen, da slike avtaler ikke må notifiseres før de kan tre i kraft.

## 1.2 Rettskilder

Det sentrale særpreg innenfor metodebruken i EF-retten er den formålsbaserte tolkning som Retten i første Instans og EF-domstolen har lagt til grunn ved tolkningen av Fellesskapets rettsakter.<sup>6</sup> I egenskap av å være en rettsakt jf. EF art. 249 2. ledd, må også forordningen underlegges en slik fortolkning.<sup>7</sup> Med en formålsbasert tolkning menes det at forordningen skal tolkes i lys av Fellesskapets ånd og prinsipper om målsetningen om et indre marked med fri konkurranse.<sup>8</sup> Hensynet til integrasjon er

---

av avtaler” gir materiell adgang til å vedta forordninger hvis avtaler presumeres å samsvare med bestemmelsens vilkår.

<sup>4</sup> Gruppefritaket i Kfo. 2790/99 gjelder for alle vertikale avtaler, og stiller ingen bestemte krav til utformingen av avtalene bortsett fra en ”black-list” over ikke-tillatte restriksjoner. Bakgrunnen for utformingen er i følge Kommisjonsmeddelelse OJ 2000, C 191/1 (heretter kalt forordningens retningslinjer) pkt. 7, samt ”green-paper on vertical restraints” jf. COM (96) 721 final, at den representerer en ny generasjon forordninger, hvor fritaket betinges av om en avtale i et økonomisk perspektiv er fremmende på Fellesmarkedets konkurranse. Dette innebærer en endring fra den forrige forordning for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83.

<sup>5</sup> Se nærmere om de særlige hensyn bak eneforhandleravtalene i kapittel 2.4.

<sup>6</sup> Det følger av EF art. 220 at det er domstolene som tolker EF-retten.

<sup>7</sup> På bakgrunn av at forordningen er sekundærlovgivning under EF art. 81, må videre denne bestemmelse tas i betraktning ved tolkningen.

<sup>8</sup> Se EF art. 4 (1) jf. art. 2.

derfor et viktig formål som skal vektlegges ved tolkningen. De underliggende formål til lovgivningen kan således tillegges stor vekt på bekostning av andre rettskildefaktorer.

Forordningens preambel vil på dette grunnlag ha stor betydning ved tolkningen av bestemmelsene, da denne på kortfattet vis trekker frem de hensyn som ligger til grunn for utstedelsen av forordningen. Den språklige forståelsen av ordlyden skal derimot ikke tillegges like stor vekt. Dette skyldes at ordlyden kan være flertydig og skape tolkningstvil som følge av Fellesskapsrettens flerspråklighet og dynamiske karakter.

Tolkningen av forordningen særpreges videre av at det verken foreligger rettspraksis eller kommisjonsbeslutninger som kan gi holdepunkter for hvordan bestemmelsene skal forstås. Dette kan skyldes at forordningen er forholdsvis ny av dato.

En annen rettskildefaktor som er relevant ved tolkningen er Kommisjonens retningslinjer for vertikale begrensninger.<sup>9</sup> Retningslinjene fungerer som en veiledning ved anvendelsen av forordningen, men er ikke en rettsakt jf. EF art. 249. På bakgrunn av at de ikke bindende, kan de ikke tillegges vekt på selvstendig grunnlag.<sup>10</sup> Likevel er retningslinjene et uttrykk for lovgivers mening, da Kommisjonen både har utstedt forordningen og retningslinjene. Dette er et forhold som må tas i betraktning ved tolkningen.

Andre relevante faktorer er forarbeidene til forordningen, green paper on vertical restraints, og oppfølgingen av green paper.<sup>11</sup> Tradisjonelt er betydningen av forarbeider i EF-retten beskjedent sammenlignet med forarbeidenes rolle i norsk rett. Dette skyldes at de forberedende dokumenter bærer preg av politisk uenighet og nasjonale særinteresser. Selv om egenvekten på dette grunnlag er lav, kan de gi holdepunkter i vurderingen gjennom å nyansere de hensyn som ligger bak utstedelsen av forordningen.

---

<sup>9</sup> Jf. Kommisjonsmeddelelse 2000 C 291 s. 1

<sup>10</sup> Kommisjonen fastsetter i retningslinjene pkt. 4 at disse ikke har betydning for domstolenes tolkning av forordningen.

<sup>11</sup> Jf. Green paper on vertical restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721 final og Follow-up to the Green paper on Vertical Restraints – OJ 1998, C 365/3

Den forrige forordningen for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83, kan ha overføringsverdi til den nærværende forordning i form av at den går nærmere inn på selve eneforhandleravtalen, og ikke vertikale avtaler som sådan. Selv om denne forordning ikke er rettskraftig lenger<sup>12</sup> har den relevans når tolkningen av forordningens bestemmelser gjelder i tilknytning til eneforhandleravtaler.

Juridisk teori er en relevant rettskildefaktor ved tolkningen, men kan ikke på selvstendig grunnlag tillegges noe vekt av betydning. EF-domstolen viser aldri til denne kilden, og den har generelt liten betydning ved tolkningen. Dersom juridisk teori trekker i samme retning som mer grunnleggende hensyn eller andre faktorer av større vekt, kan den imidlertid tillegges større vekt.

---

<sup>12</sup> Jf. Kfo. 2790/99 art. 13 nr. 1.

## 2 Avtalen og dens virkningen på konkurransen

### 2.1 Hva er en eneforhandleravtale?

Tar man utgangspunkt i retningslinjene pkt. 161, fremgår det her at ”ved en eneforhandlingsaftale indgår leverandøren på kun at sælge sine produkter til én forhandler med henblik på videresalg i et bestemt område”. Juridisk teori har videre definert avtalen til å være en avtale ”whereby a supplier appoints a distributor for a territory. The buyer buys the goods from a supplier on his own account and resells them”.<sup>13</sup>

Ut fra ovenstående ser man at avtalen per definisjon er en eksklusiv distribusjonsavtale. Når det gjelder det sentrale særpreg til eneforhandleravtalen, er dette at forhandleren gis en eksklusiv videresalgsrett av leverandørens produkter innenfor et avgrenset geografisk område, f.eks et medlemsland, fylke, by et cetera. Eksklusiviteten til distribusjonen er knyttet til et område, som andre forhandlere og leverandøren utelukkes fra.<sup>14</sup>

Ser man nærmere på partene i avtalen, er leverandøren den virksomhet som selger produktet, og som forplikter seg til å gi den andre parten områdeeksklusivitet til området som avtalen regulerer. Leverandøren kan enten være produsent eller grossist av produktet. Forhandleren er på den annen side den virksomhet som kjøper produktet med henblikk på å videreselge det på det relevante marked. Forhandleren kan enten være grossist eller detaljist, avhengig av om leverandøren er på produsent- eller grossistleddet. Det ikke uvanlig at leverandøren i en avtaleprosess gir en rekke forhandlere eksklusiv videresalgsrett til ulike områder av det relevante marked, såkalte parallelle nett av eneforhandleravtaler.<sup>15</sup> Når det gjelder størrelsen på området som

---

<sup>13</sup> Jf. Mendelsohn og Rose (2002) s. 115.

<sup>14</sup> Se likevel kapittel 3.6.2.2. Kapitlet ser nærmere på adgangen for leverandørens egen distribusjon til området.

<sup>15</sup> Se nærmere om parallelle nett av eneforhandleravtaler i kapittel 3.2



forhandleren får områdeeksklusivitet, fremgår det av retningslinjene pkt. 170 at områdets størrelse ofte er betinget av hvilket ledd avtalen er inngått på. Dersom forhandleren er en grossist, kan eneforhandlerretten i avtalen gjelde for en hel medlemsstat. Området vil derimot være mindre dersom forhandleren opererer på detaljistleddet.

Ved inngåelsen av en eneforhandleravtale, er det ikke uvanlig at avtalen i tillegg regulerer andre vilkår enn det som gjelder områdeeksklusivitet. Det følger av juridisk teori at “the distributor agrees not to deal in competing products while the supplier agrees not to supply products in the territory himself or to appoint another distributor in that territory”.<sup>16</sup> Områdeeksklusiviteten til forhandleren følger her av selve eneforhandleravtalens natur. Hvis avtalen setter videresalgsrestriksjoner for forhandlerens salg av konkurrerende produkter, såkalte konkurranseklausuler, krever gruppefritaket at restriksjonen holder seg innenfor kravene i art. 5 jr. art. 1 b). Avtalefriheten er derfor innskrenket for denne type restriksjoner. Oppgaven ser nærmere på eneforhandleravtaler med konkurranseklausuler i kapittel 6.

Det er vanlig at det settes vilkår i eneforhandleravtaler som begrenser hvilke områder forhandleren får selge produktet i, såkalte territoriale videresalgsrestriksjoner. Også prisfastsettelsen i tilknytning til forhandlerens videresalg av produktet kan reguleres i eneforhandleravtalen. Et slikt vilkår betegnes som en prisrestriksjon. Både vilkår om territoriale videresalgsrestriksjoner og prisrestriksjoner er til en viss grad regulert i Kfo. 2790/99. Det er derfor ikke full avtalefrihet til å ta med slike vilkår i en eneforhandleravtale heller. Oppgaven vil se nærmere på grensedragningen av de restriksjoner innenfor område og pris som er tillatt dersom eneforhandleravtalen skal falle innenfor gruppefritaket. Eneforhandleravtaler med slike vilkår i behandles i kapittel 5.

Oppgaven vil ikke rette nærmere fokus mot andre avtalevilkår som kan tas med i en eneforhandleravtale. På den bakgrunn vil det blant annet være utenfor oppgavens siktemål å gå nærmere inn på eneforhandling i kombinasjon med bl.a. selektiv distribusjon, hvor forhandleren får være eneforhandler under betingelse av at han

---

<sup>16</sup> Jf. Mendelsohn og Rose (2002) s. 115 og Stemshaug (1992) s. 1.

oppfyller særlige vilkår som er knyttet til det aktuelle produkt. Det er heller ikke relevant å se på eneforhandling som er betinget av eksklusivt kjøp, dvs. at forhandleren for å være eneforhandler forplikter seg til å foreta alle sine innkjøp av det aktuelle produktet hos leverandøren.<sup>17</sup>

## 2.2 Avtalens restriksjoner på den fri konkurranse

Ut fra siktemålet i EF art. 4 (1) om en åpen markedsøkonomi med fri konkurranse skaper eneforhandleravtaler restriksjoner på konkurransen ved at andre forhandlere enn eneforhandleren er den eneste som leverandøren leverer produktet til i det aktuelle område. På denne måten begrenses distribusjonen på det relevante markedet.<sup>18</sup> Hvis avtalen har en konkurranseklausul om at forhandleren ikke kan videreselge konkurrerende produkter, skaper avtalen i tillegg restriksjoner i form av at forhandlerens videresalg er merkeeksklusivt.<sup>19</sup> Eneforhandleravtaler med territoriale videresalgsrestriksjoner legger forholdene til rette for markedsavskjerming av det aktuelle området,<sup>20</sup> mens prisrestriksjoner i avtalen motvirker en prisreduksjon.<sup>21</sup>

De ovenstående restriksjoner som skapes av eneforhandleravtaler, og slike i kombinasjon med konkurranseklausuler, territoriale videresalgsrestriksjoner og/eller prisrestriksjoner, kan ha både positive og negative virkninger på Fellesmarkedets konkurranse. På bakgrunn av at virkningene kan være negative, vil eneforhandleravtaler ofte omfattes av forbudet i EF art. 81 (1) mot konkurransebegrensende avtaler.<sup>22</sup> Dette gjelder uavhengig av at avtalen ut fra en helhetsvurdering er overveiende positive for konkurransen på Fellesmarkedet. Årsaken til dette er bestemmelsens vide formulering, som omfatter alle avtaler hvis formål eller virkning er å ”hindre, innskrenke eller vri konkurransen” på markedet.

---

<sup>17</sup> En nærmere gjennomgang av vertikale restriksjoner som eneforhandleravtaler kan kombineres med gis i retningslinjene pkt. 106-114. Kombinasjonen av eneforhandling og eksklusivt kjøp er videre eksemplifisert i retningslinjene pkt. 177.

<sup>18</sup> Jf. retningslinjene pkt. 109.

<sup>19</sup> Jf. retningslinjene pkt. 106.

<sup>20</sup> Jf. retningslinjene pkt. 113.

<sup>21</sup> Jf. retningslinjene pkt. 111.

<sup>22</sup> Dette gjelder likevel under forutsetning av at virkningen er merkbar på konkurransen. Se note 23.

### 2.3 Negative sider ved avtalen som omfattes av EF art. 81 (1)

Eneforhandleravtalens negative virkninger på konkurransen gir seg utslag gjennom at andre forhandleres muligheter for å distribuere produktet innskrenkes. Selv om disse forhandlerne kan parallellimportere produktet fra andre forhandlere utenfor eksklusivområdet, eventuelt kjøpe produktet fra eneforhandleren dersom denne er villig til dette, vil intrabrand-konkurransen svekkes. Intra-brand-konkurranse er betegnelsen for konkurransen innenfor et bestemt merke, f.eks. konkurransen mellom forhandlere av Sony-produkter. Hvis eneforhandlerområdet er stort kan intrabrand-konkurransen svekkes ytterligere. Dette skyldes at mulighetene for å oppsøke andre forhandlere utenfor området vanskeliggjøres. En svekket intra-brand-konkurranse kan igjen føre til en svekkelse av interbrand-konkurransen, spesielt dersom denne i utgangspunktet er lav. Interbrand-konkurransen er her konkurransen mellom forskjellige merker, f.eks. Coca cola og Pepsi cola. En svekkelse av denne konkurransen legger forholdene til rette for horisontalt samarbeid mellom konkurrenter både på leverandør- og forhandlernivå.<sup>23</sup>

Eneforhandleravtaler som også setter skranker for videresalg av konkurrerende produkter, skaper merkeeksklusivitet hos forhandleren. Klausulens negative virkning på konkurransen er at interbrand-konkurransen svekkes. Dette skyldes at andre leverandører ikke kan inngå distribusjonsavtaler med forhandleren. Gjelder avtalen for en forhandler på detaljnivå, er interbrand-konkurransen ikke-eksisterende i forhandlerens utvalg.<sup>24</sup> Når det gjelder territoriale videresalgsrestriksjoner i eneforhandleravtaler, har slike negative virkninger i form av en svekket intra-brand-konkurranse. Dette skyldes at adgangen til reeksport begrenses, og at områdene lettere kan deles opp av leverandøren. Denne markedsskjerming legger forholdene til rette for prisdiskriminering mellom områdene, alt etter hvilken pris områdene tåler.<sup>25</sup> Prisrestriksjoner i eneforhandleravtaler har negative virkninger ved at de svekker priskonkurransen innad i merket. Dette kan igjen ha negativ innflytelse på priskonkurransen mellom merkene.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Jf. retningslinjene pkt. 110.

<sup>24</sup> Jf. retningslinjene pkt. 107.

<sup>25</sup> Jf. retningslinjene pkt. 114.

<sup>26</sup> Jf. retningslinjene pkt. 112.

## 2.4 Positive sider ved avtalen som begrunner fritak under Kfo. 2790/99

På bakgrunn av at avtaler som faller innenfor EF art. 81 (1) kan være overveiende positive for konkurransen på det relevante marked, gir EF art. 81 (3) en diskresjonær adgang til å fritta denne type avtaler på individuelt grunnlag eller gjennom fritaksforordninger. Kfo. 2790/99 er i denne sammenheng et gruppefritak for vertikale avtaler, som blant annet omfatter eneforhandleravtaler. I følge forordningens preambel pkt. 7 oppveies de positive virkningene til avtaler innenfor gruppefritaket de ”eventuelle virkninger til skade for konkurransen, som skyldes begrensninger inneholdt i vertikale avtaler”.

Det grunnleggende hensyn bak fritagelsen av eneforhandleravtaler er ønsket om å forbedre den økonomiske effektivitet innenfor distribusjonen av produktene. Dette vil føre til at både omsetnings- og investeringsnivået på Fellesmarkedet øker,<sup>27</sup> spesielt for de små og mellomstore virksomhetene.

De positive virkninger som eneforhandleravtalens områdeeksklusivitet skaper, er for det første at avtalen kan fungere som en ”fødselshjelper” for produkter som skal etableres i nye områder på det relevante marked. Avtalen kan på samme måte være til hjelp i forbindelse med utviklingen av nye markeder.<sup>28</sup> Områdeeksklusiviteten kan videre forhindre at forhandlere som bruker ressurser for å etablere et nytt produkt på markedet rammes av ”free rider”- forhandlere.<sup>29</sup> Avtalen kan avbøte på et ”hold up”- problem, hvor forhandlerens relasjonsspesifikke investeringer er betinget av at vedkommende virksomhet innvilges eksklusivitet for å satse på produktet.<sup>30</sup> Eneforhandleravtaler forenkler også distribusjonen mellom leddene, idet det er færre parter leverandøren må forholde seg til. Reduksjonen av transaksjons- og distribusjonskostnader kan igjen skape stordriftsfordeler i form av lavere priser for konsumentene.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Jf. preambelens pkt. 6.

<sup>28</sup> Jf. retningslinjene pkt. 116, 2)

<sup>29</sup> Se nærmere om free rider-problematikken i retningslinjene pkt. 116, 1)

<sup>30</sup> Jf. retningslinjene pkt. 116, 4)

<sup>31</sup> Jf. retningslinjene pkt. 116, 6)

### 3 Avtaler innenfor forordningens virkeområde

#### 3.1 Krav til eneforhandleravtalen i forordningens art. 2

En grunnleggende forutsetning for fritak er at eneforhandleravtalen faller innenfor forordningens virkeområde. Art. 2 nr. 1 er den sentrale bestemmelsen ved denne vurdering, da bestemmelsen fastsetter hvilke avtaler som vil være omfattet av forordningens materielle virkeområde.<sup>32</sup> Art. 2 nr. 3 har betydning for det virkeområdet på eneforhandleravtaler som inneholder aksessoriske bestemmelser om immaterielle rettigheter. På bakgrunn av at oppgavens siktemål er en generell analyse av eneforhandleravtaler under Kfo. 2790/99, vil det være utenfor problemstillingen til oppgaven å gå inn på særlige rettsområder i tilknytning til eneforhandleravtaler, herunder spørsmål vedrørende det immaterielle rettsområdet jf. art. 2 nr. 3.<sup>33</sup>

Tar man utgangspunkt i ordlyden til art. 2 nr. 1, fremgår det at i henhold til EF art. 81 (3) er EF art. 81 (1) uanvendelig på ”aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne forordning virker inden for forskellige produktions- og distributionsled, når disse aftaler eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå partene kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester (i det følgende benævnt ”vertikale aftaler”)”. Det følger videre av andre ledd i art. 2 nr.

---

<sup>32</sup> Forordningens tidsmessige virkeområde er hjemlet i art. 13. Det følger her at forordningen gjelder for avtaler som er inngått fra og med forordningens ikrafttredelse den 01.01.2000. Forordningen tok til å virke 01.06.2000. Forordningen kommer videre til anvendelse frem til 31.05.10. Det stedlige virkeområdet, som fastsetter det geografiske området hvor forordningen gjelder, er ikke særskilt regulert i forordningen. Idet forordningen er en rettsakt jf. EF art. 249, må det legges til grunn at den på lik linje med annen lovgivning innenfor EF-retten gjelder for medlemsstatene som opererer på det felles marked. Det har imidlertid vært uklart hvorvidt det stedlige virkeområde til EF-retten strekker seg utenfor Fellesmarkedet dersom partene ikke er fra et EU-land og de opererer utenfor dette marked, men hvor avtalen har innvirkning her. Rettspraksis har her lagt føringer om at det gjelder et territorialprinsipp som åpner for en viss utvidelse av EF-rettens stedlige virkeområde.

<sup>33</sup> Det gis en nærmere fremstilling av aksessoriske bestemmelser om immaterielle rettigheter jf. art. 2 nr. 3 i Whish (2000) s. 902-905.

1 at forordningen gjelder for eneforhandleravtaler med vertikale begrensninger som i utgangspunktet rammes av EF art. 81 (1).<sup>34</sup>

Ut fra en normal språklig forståelse av art. 2 nr. 1, preambelens pkt. 1 og hensynene i retningslinjene pkt. 116 ff. kan det trekkes slutning om at forordningens materielle virkeområde gjelder for vertikale avtaler slik de er definert i bestemmelsen.<sup>35</sup> Selv om verken bestemmelsene eller preambelen i forordningen gir direkte uttrykk for forordningen tar sikte på å regulere eneforhandleravtaler, er det ikke tvilsomt at denne avtaletypen er omfattet av forordningens virkeområde. Dette kan for det første bekreftes ut fra en sammenligning av betingelsene i eneforhandleravtaler og kravene til en vertikal avtale i art. 2 nr. 1. Videre fremgår det indirekte av forordningens art. 12, idet denne bestemmelse har overgangsregler mellom Kfo. 1983/83, som er den forrige forordningen for eneforhandleravtaler, og Kfo. 2790/99. Forordningens retningslinjer er videre utformet i lys av at eneforhandler er omfattet av virkeområdet til forordningen.<sup>36</sup>

Problemstillingen innenfor art. 2 nr. 1 er hvordan eneforhandleravtalen og de særpreg denne har må utformes for at den skal oppfylle de nærmere kriteriene til en vertikal avtale innenfor forordningens materielle virkeområde.

Kriteriet til to eller flere virksomheter reiser for det første spørsmål om utformingen av eneforhandleravtaler ved dannelsen av et nettverk av slike avtaler på markedet. Dette vil behandles i kapittel 3.2. Kriteriet om at partene ”virker inden forskjellige produktions- eller distributionsled” reiser spørsmål om det settes skranker for hvem leverandøren kan inngå eneforhandleravtaler med, noe som vil behandles i kapittel 3.3. Det kan videre

---

<sup>34</sup> Kravet om at avtalen i utgangspunktet må være konkurransebegrensende etter EF art. 81 (1), har ingen rettslig betydning for forordningens anvendelse på avtalen, idet de avtaler som ikke oppfyller kriteriet er tillatt etter prinsippet om den alminnelige avtalefrihet. Det kan reises spørsmål om alle eneforhandleravtaler som innehar konkurransebegrensende elementer strider mot EF art. 81 (1). Her må Kommisjonens ”bagatellmeddelelse” tas i betraktning. Det stilles her krav om at begrensningen må være merkbar på Fellesmarkedet dersom avtalen skal anses som konkurransebegrensende jf. EF art. 81 (1). En nærmere fremstilling av konkurransebegrensningskriteriet gis i Jones og Sufrin (2001) s. 119 ff.

<sup>35</sup> Forordningens definisjon av en vertikal avtale er ikke nødvendigvis sammenfallende med andre konkurranseteoriers definisjon av en vertikal avtale. Se Korah og O’Sullivan (2002) s. 113.

<sup>36</sup> Se blant annet pkt. 109 og 110, 116 og 161-177.

stilles spørsmål om det utelukkende er videresalget det kan stilles betingelser til, eller om det også kan stilles betingelser til f. eks leie eller leasing. Grensene til videresalgskriteriet reiser også spørsmål i forhold til grensen mot vanlig salg. Disse spørsmål behandles nærmere i kapittel 3.4. Til sist vil det i kapittel 3.5 ses nærmere på hvilke produkter eneforhandleravtaler innenfor forordningens virkeområde kan regulere.

Det følger videre av art. 2 nr. 1 at virkeområdet både gjelder for avtaler og praksis på det vertikale plan. Dette er i tråd med preambelens pkt. 1 hvor det fremgår at forordningen gjelder for ”vertikale aftaler og tilsvarende samordnet praksis”. Grensedragningen mellom avtale og praksis vil i den sammenheng ikke ha noen rettslig betydning for anvendelsen av forordningen, da det fremgår av preambelens pkt. 3 at begrepet vertikal avtale i den nærværende forordning omfatter tilsvarende samordnet praksis. Den videre fremstilling vil på dette grunnlag benytte avtalebegrepet for både eneforhandleravtaler og praksis knyttet til eneforhandling.<sup>37</sup>

### 3.2 Parter i eneforhandleravtalen

Når det gjelder hvem kan være parter i eneforhandleravtaler, fremgår det av ordlyden at virksomheter kan inngå eneforhandleravtaler under Kfo. 2790/99.<sup>38</sup> Vilkåret i art. 2 nr.1 om at to eller flere virksomheter kan være parter i avtaler innenfor forordningens virkeområde reiser spørsmål om bestemmelsen innebærer en utvidelse fra den tidligere forordning for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83, vedrørende hvor mange parter som kan være med i en eneforhandleravtale.<sup>39</sup> Dette har for det første betydning for fremgangsmåten ved dannelsen av parallelle nett av eneforhandleravtaler. Videre har spørsmålet betydning for om senere distribusjonsledd også kan være part i en

---

<sup>37</sup> Forordningen tar ikke stilling til skillet mellom avtale og samordnet praksis. Grensedragningen som gjelder innenfor EF art. 81 (1) må derfor legges til grunn. En nærmere redegjørelse gis i Jones and Sufrin s. 107 ff.

<sup>38</sup> I følge retningslinjene pkt. 24, 1. avsnitt vil ”endelige forbrugere, der ikke driver ervervsvirksomhed” ikke omfattes av virksomhetsbegrepet. Ut over dette går ikke forordningen nærmere inn på hva som ligger i virksomhetsbegrepet. Spørsmål som gjelder hvilke rettssubjekter som faller innenfor virksomhetsbegrepet, samt grensedragningen mellom en og flere virksomheter må derfor løses etter hovedreglen i EF art. 81 (1). Jones and Sufrin s. 89-107 gir en fremstilling av virksomhetsbegrepet innenfor EF art. 81 (1).

<sup>39</sup> I følge Kfo. 1983/83 art. 1 kunne eneforhandleravtaler bare inngås mellom to parter.

eneforhandleravtale. Bestemmelsen reiser videre spørsmål om leverandørens rett til å peke ut flere forhandlere innenfor et eksklusivområde.

Spørsmålet som gjelder parallelle nett av eneforhandleravtaler på det relevante marked er praktisk viktig, idet en leverandør i en av effektivitetshensyn eller i en etableringsfase gjerne tar sikte på å dele opp det relevante marked ved å tildele eksklusivområder til flere forhandlere til samme tid. Det kan i denne sammenheng stilles spørsmål om kravet til ”to eller flere virksomheter” åpner for at leverandøren kan inngå én eneforhandleravtale med flere forhandlere, hvor hver forhandler tildeles hvert sitt eksklusivområde.

Vilkåret i om ”to eller flere virksomheter” setter i seg selv ingen skranker for dette. Retningslinjene gir videre ingen holdepunkter. Dersom man tolker vilkåret i lys av bestemmelsens kontekst, kommer imidlertid vilkåret om at partene i avtalen må være på ulike ledd i kjeden inn som en begrensning. Faren for horisontalt samarbeid mellom forhandlerne forut for avtaleprosessen, trekker i retning av at vilkåret ikke kan tolkes i retning av at det skal legges til rette for at flere forhandlere kan være parter innenfor samme avtale. Leverandøren må på denne bakgrunn inngå separate avtaler med hver enkelt forhandler på det relevante marked. Såfremt leverandøren oppfyller dette krav, vil den eneste begrensningen i leverandørens adgang til å danne nett av parallelle eneforhandleravtaler være at markedsandelen til vedkommende virksomhet overstiger markedsandelsterskelen i art. 3 på 30 %.<sup>40</sup>

Når det gjelder spørsmålet om aktører på senere ledd kan være part i en eneforhandleravtale, stiller verken andre vilkår i bestemmelsen, retningslinjer eller hensynet til en unødvendig svekkelse av intrabrand-konkurransen skranker for en slik fortolkning. I en avtalekonstellasjon hvor leverandøren i egenskap av å være produsent inngår eneforhandleravtale med en grossist, kan det på dette grunnlag trekkes slutning om at også en detaljhandler kan være med som en tredje part i eneforhandleravtalen. Denne parten gis da eneforhandlingsrett for de produkter som leveres fra grossisten.

---

<sup>40</sup> Dersom avtalene til sammen medfører at leverandøren har en markedsandel på mer enn 50 %, følger det av art. 8 at gruppefritaket i henhold til Rådsforordning 19/65 art. 1 a) kan inndras ved utstedelse av egen inndragelsesforordning.



Til sist er spørsmålet om art. 2 nr. 1 setter skranker for at leverandøren kan utpeke flere enn én eneforhandler innenfor det aktuelle område.

Ut fra en alminnelig forståelse av hva en eneforhandleravtale går ut på, kan man ikke lenger si at avtalen per definisjon er en slik avtale, idet eksklusiviteten nå deles med en eller kanskje flere forhandlere.<sup>41</sup> Man vil derfor befinne seg utenfor oppgavens vurderingstema om eneforhandleravtaler innenfor Kfo. 2790/99. Avtalen vil likevel kunne falle innenfor forordningens virkeområde, da art. 2 nr. 1 gir rettslig grunnlag for flere konstellasjoner av vertikale avtaler enn de som går direkte ut på eksklusivt videresalg innenfor et bestemt område.<sup>42</sup>

### 3.3 Ulike ledd i kjeden

En og samme virksomhet kan til samme tid kan operere innenfor forskjellige ledd i distribusjonskjeden, f.eks. kan den være forhandler av produkt A samtidig som den er produsent av produkt B. Det kan på denne bakgrunn stilles spørsmål om at vilkåret i art. 2 nr. 1 om at ”partene i relasjon til denne forordning virker inden for forskjellige productions- og distributionsled” setter skranker for hvilke virksomheter en leverandør kan inngå eneforhandler med.

Med utgangspunkt i ordlyden til art. 2 nr. 1, stilles det krav om at virksomhetene ”i relasjon til denne forordning” er på forskjellige ledd. Den engelske versjonen av forordningen viser til ”the purpose of the agreement”. I den sistnevnte ordlyden kommer det klart til uttrykk at det er i forhold til den aktuelle avtale at partene ikke kan være på samme ledd. Går man til retningslinjene pkt. 24, 2. avsnitt, fastsettes det i samsvar med den engelske oversettelsen at det bare er i relasjon til den aktuelle avtale at partene er på ulike ledd i kjeden. Hensynet til å forbedre den økonomiske effektivitet innenfor distribusjonen jf. EF art. 81 (3) og preambelens pkt. 6, gjør at det må trekkes slutning om at kravet til ulike ledd må ses i lys av den aktuelle avtale, idet en annen fortolkning vil utelukke store deler av markedets aktører.

---

<sup>41</sup> Se nærmere definisjon av eneforhandleravtalen i kapittel 2.1.

<sup>42</sup> Dette innebærer en endring fra Kfo. 1983/83, hvor områdeeksklusivitet var et avgjørende kriterium for fritak. Se Stemshaug (1992) s. 69.

Vil partene være på ulike ledd i kjeden dersom de er konkurrenter jf. art. 1 a)? Problemet kan illustreres ved at Rimi er eneforhandler for ett ketchupmerke samtidig som de er produsent av et annet ketchupmerke som selges i forretningen. Både ordlyd og retningslinjer trekker jf. ovenstående i retning av at det bare er i henhold til den aktuelle avtale at partene må være på ulike ledd. Hensynet til interbrand-konkurransen trekker på den annen side i retning av at bestemmelsen må tolkes innskrenkende for denne type situasjoner, idet faren for horisontalt samarbeid mellom de produserende virksomhetene knyttet til pris, mengde et cetera kan oppstå. Dette hensyn medfører at problemstillingen reguleres i art. 2 nr. 4 om avtaler mellom konkurrerende virksomheter. Partene vil etter dette fremdeles oppfylle kravet til ulike ledd i kjeden jf. art. 2 nr. 1, men avtalens lovlighet avhenger likevel av vurderingen etter art. 2 nr. 4.<sup>43</sup>

### 3.4 Avtalens betingelser til videresalg

I utgangspunktet oppfyller eneforhandleravtalen kravet om at avtalen må ”vedrøre de betingelser hvorpå partene kan [...] videresælge” de aktuelle produktene. Dette skyldes at avtalen for det første går ut på videresalg av leverandørens varer. For det andre setter avtalen ”betingelser” til videresalget, da den gir eksklusiv videresalgsrett innenfor et avgrenset geografisk område, slik at den begrenser andre forhandlers mulighet til å forhandle produktet i det aktuelle området.<sup>44</sup>

Det kan stilles spørsmål om betingelsene som jf. art. 2 nr. 1 må stilles utelukkende må være i tilknytning til videresalget av produktene, eller om forordningen også vil omfatte eneforhandleravtaler hvor betingelsen gjelder eksklusiv leie- eller leasing av avtalens produkter innenfor et bestemt område. Det kan videre stilles spørsmål om hvilken betydning det har for videresalgskriteriet i art. 2 nr. 1 at produktet i avtalen bearbeides før det videre salg, samt hvorvidt avtalen vil være en eneforhandleravtale dersom betingelsen om videresalget går ut på eneforhandling innenfor hele Fellesskapet.

Når det gjelder spørsmålet om forordningens virkeområde omfatter eneforhandleravtaler som går ut på leie- og leasing av produktene, åpner verken definisjonen av

---

<sup>43</sup> Se kapittel 3.6.2

<sup>44</sup> Jf. definisjonen av eneforhandleravtaler i kapittel 2.1.

eneforhandleravtaler som er lagt til grunn i retningslinjene<sup>45</sup> eller juridisk teori for en slik fortolkning, idet det vilkår for eneforhandleravtaler er at de regulerer forhandlerens videresalg.<sup>46</sup> Ordlyden til art. 2 nr. 1 gir videre ingen holdepunkter for at eneforhandling av produkter som etterpå skal leies eller leases vil falle under forordningens virkeområde. På selvstendig grunnlag kan imidlertid ikke tausheten i ordlyden tas til inntekt for at disse forføyer er omfattet av bestemmelsen. I retningslinjene pkt. 25 kommer det til uttrykk at "forordningen finder også anvendelse på varer, der sælges og kjøpes med henblik på udlejning til tredjemand". Man ser her at forordningen åpner for at det kan avtales eksklusivitet knyttet til et område for leie- eller leasing, såfremt at det gjelder varer og ikke tjenester, og såfremt at varene først er kjøpt av leverandøren før de blir utleid eller leaset videre. Det synes imidlertid ikke som at eneforhandleravtaler omfattes av dette utsagn, da "videresalg" ikke nevnes i retningslinjene.<sup>47</sup> Dette fremstår imidlertid som noe uklart, da den forrige forordning for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83, omfattet eneforhandleravtaler om leie- eller leasing av varer som først var kjøpt av forhandleren.<sup>48</sup> Spørsmålet om avtalen nå vil være en salgs- eller videresalgsavtale har imidlertid ingen rettslig betydning under Kfo. 2790/99, idet begge avtaler vil omfattes av forordningens materielle virkeområde i art. 2 nr. 1.

Spørsmålet om hvilken betydning det har for videresalgskriteriet i art. 2 nr. 1 at avtalen gjelder et produkt som ikke skal videreselges i samme tilstand som det ble levert i, kan oppstå dersom leveransen f.eks. gjelder råstoff eller komponenter. I en slik situasjon vil det være vanlig at kjøperen bearbeider, innarbeider eller foredler produktet før det selges videre.

Dersom man legger til grunn en alminnelig forståelse av eneforhandlerbegrepet må det dras slutning om at salg av et bearbeidet produkt må anses som et "salg" snarere enn et "videresalg", idet bearbeidingen medfører at avtalen mister karakteren av å gjelde et videresalg av leverandørens produkt. På dette grunnlag kan ikke avtalen lenger betraktes

---

<sup>45</sup> Se pkt. 161

<sup>46</sup> Se kapittel 2.2

<sup>47</sup> Den forrige forordningen for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83, åpnet for eneforhandleravtaler vedrørende leie- eller leasing av varer som forhandleren hadde kjøpt kunne leies eller leases ut til forbrukerne, evt. detaljhandlerne. Se Stemshaug (1992) s. 69

<sup>48</sup> Jf. Stemshaug (1992) s. 69

som en eneforhandleravtale.<sup>49</sup> Vil det ha noen rettslig betydning for hvorvidt avtalen faller innenfor forordningens virkeområde at den ikke gjelder videresalg? I følge ordlyden i art. 2 nr. 1 er også avtaler som setter betingelser om ”salg” omfattet. Således kan leverandøren gjennom avtalen stille betingelser om hvor dette bearbeidede produktet skal selges. På dette grunnlag vil det i motsetning til under den forrige forordning for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83, ikke være nødvendig å gå nærmere inn på grensedragningen mellom videresalgprodukter og produkter som skal bearbeides før det videre salg.<sup>50</sup>

Spørsmålet om hvorvidt avtalen vil være en eneforhandleravtale dersom det stilles betingelser om eksklusiv videresalgsrett innenfor hele Fellesskapet, må avgjøres i lys av intensjonen bak eneforhandleravtalen. Ut fra den forståelse av avtaletypen som er lagt til grunn i retningslinjene pkt. 161 gir eneforhandleravtalen en eksklusiv videresalgsrett til forhandleren innenfor et ”bestemt område”. Dersom dette området strekker seg over hele Fellesskapet vil avtalens karakter endres, selv om avtalen fremdeles vil gå ut på en eneforhandlingsrett. Dette skyldes at forhandleren i en slik situasjon både blir en mektige part i avtaleforholdet og på det relevante marked som sådan. På dette grunnlag vil avtalen heller falle innenfor definisjonen til avtaler om eksklusiv leveringsforpliktelse, jf. forordningens art 1 c). Det stilles her andre kriterier for fritak, bl.a. er det jf. art 3 nr. 2 forhandlerens markedsandel, og ikke leverandørens, som skal legges til grunn ved beregning av markedsandel.<sup>51</sup> Det er utenfor oppgavens siktemål å gå nærmere inn på denne avtaletype og de problemstillinger som reiser seg her.

### 3.5 Varer eller tjenester

Videresalget som eneforhandleravtalen regulerer må videre gjelde ”visse varer og tjenester”. Forordningen innebærer her en utvidelse av hvilke eneforhandleravtaler som vil kunne fritas fra EF art. 81 (1), da den forrige forordningen bare fritok eneforhandleravtaler som vedrørte videresalg av varer.<sup>52</sup> Siden begge former nå er

---

<sup>49</sup> Se kapittel 2.2

<sup>50</sup> Stemshaug (1992) s. 68 trekker grensen mellom videresalgprodukter og produkter som skal bearbeides før det videre salget.

<sup>51</sup> Det kan leses nærmere om avtaler om eksklusiv levering i retningslinjene pkt. 109 og 110, samt pkt. 202-214.

<sup>52</sup> Jf. Faull og Nickpay (1999) pkt. 7.136.

omfattet av regelverket, vil det ikke ha noen rettslig betydning om man står ovenfor en eneforhandleravtale vedrørende varer eller tjenester. Det er således ikke nødvendig å gå inn på en nærmere grensedragning mellom produktene. Når det gjelder lisenser for know-how eller patenter, vil slike omfattes av Kfo. 240/96 om teknologioverføringsavtaler, jf. nærværende forordningens art. 2 nr. 5.<sup>53</sup>

I følge ordlyden gjelder virkeområdet for ”visse” varer og tjenester. Ut fra en normal språklig forståelse av ordlyden kan det slås fast at begrepet ”visse” henviser til art. 2 nr. 5, hvor det fremgår at de varer og tjenester som er omfattet av andre forordninger ikke vil falle innenfor virkeområdet til forordningen.

### 3.6 Særlige avtaleparter

#### 3.6.1 Sammenslutninger og eneforhandleravtaler

Art. 2 nr. 2 stiller særskilte vilkår for fritak for eneforhandleravtaler hvor en sammenslutning er part.<sup>54</sup> Ut fra en alminnelig forståelse av ordlyden kan det slås fast at bestemmelsen for det første regulerer eneforhandleravtaler mellom sammenslutninger og leverandører. For det andre regulerer den eneforhandleravtaler mellom sammenslutninger og det enkelte medlem.

Den typiske sammenslutning innenfor art. 2 nr. 2 er en organisasjon mellom virksomheter som i egenskap av å være små markedsaktører har vanskelig for å være konkurransedyktige med større virksomheter. En samordning av handelsinteressene kan avbøte på dette problemet, idet felles markedsføring og felles innkjøpsavtaler med ulike leverandører kan gi lavere priser og kostnadseffektivitet. Medlemskap i en sammenslutning øker videre små virksomheters muligheter til å kunne inngå avtale med en leverandør om eneforhandling innenfor sitt område. Medlemmene i en sammenslutning under art. 2 nr. 2 er eksempelvis nærbutikker i distriktene som har en felles organisasjon som ivaretar de ovenstående interesser.

---

<sup>53</sup> Kapittel 3.7 ser på lisenser som ikke faller innenfor forordningen for teknologioverføringsavtaler.

<sup>54</sup> Forordningen har ikke en egen definisjon av sammenslutningsbegrepet. Det må derfor legges til grunn at begrepet ikke fraviker det sammenslutningsbegrep som gjelder etter EF art. 81. Rettspraksis i tilknytning til begrepet viser at det er et vidt begrep, slik at alle organisasjoner hvis medlemmer har næringsinteresser er omfattet. Se videre Jones og Sufrin (2001) s. 118.

Det sentrale vurderingstema for fritak er hvorvidt sammenslutningen oppfyller de særlige krav som art. 2 nr. 2 stiller. Ordlyden setter to vilkår for fritak; ”samtlige af medlemmer er detailhandlere af varer” og hvert medlem- og dets forbundne virksomheters årsomsetning kan ikke overstige 50 mill. EUR.

Det første spørsmålet er på denne bakgrunn hvilke virksomheter som faller innenfor betegnelsen detaljhandler. En normal språklig forståelse av ”detailhandlere” tilsier at en detaljforhandler opererer på det nederste leddet i handelskjeden, da utsalgsforretninger kalles for detaljister. Forordningen gir ingen nærmere definisjon av begrepet, men i følge retningslinjene pkt. 28 er detaljhandlere er definert til å være ”forhandlere, der videresælger varer til de endelige forbrugere”. Neste salgsledd må således være en konsument, og salget kan ikke gjelde tjenester. Denne fortolkning samsvarer med den språklige forståelsen av hva bestemmelsen tar sikte på å regulere. Hensynet til en styrket interbrand-konkurranse trekker også i retning av at det er sammenslutninger på det nederste leddet i kjeden som omfattes av bestemmelsen. Dette kommer av at detaljhandlere ofte er små og mellomstore virksomheter som ikke har mulighet til å inngå konkurransefremmende avtaler med leverandørleddet dersom de ikke står samlet. På denne bakgrunn kan det sluttet at detaljhandlere er forhandlere på det nederste leddet i distribusjonskjeden.

Vilkåret om at medlemmenes og deres forbundne virksomheters årsomsetning må være maksimum 50 mio. EUR reiser for det første spørsmål om hvordan årsomsetningen skal beregnes. For det andre reiser vilkåret spørsmål om avtalen vil falle innenfor gruppefritaket dersom årsomsetningsgrensen overskrides av medlemmene etter avtaleinngåelsen.

Ved beregningen av medlemmenes årsomsetning gir art. 10 nr. 1 nærmere veiledning. Det følger her at årsomsetningen er medlemmets omsetning av varer og tjenester i det foregående regnskapsår summert med årsomsetningen til dets forbundne virksomheter.<sup>55</sup> Alle former for skatter og avgifter faller utenfor ved beregningen.

---

<sup>55</sup> Ved vurderingen av hvilke virksomheter som er ”forbundne” med medlemmene i sammenslutningen, stiller art. 11 nr. 2 nærmere vilkår. Bestemmelsen reiser ikke tolkningsspørsmål som fraviker fra det

Videre fremgår det at omsetning som er et resultat av handel mellom medlemmet og dets forbundne virksomheter, eller mellom medlemmets forbundne virksomhetene, ikke skal tas med i beregningen av årsumsetningen.

Spørsmålet om avtalens stilling under forordningen dersom medlemmene overskrider beløpsgrensen på årsumsetningen, er ikke regulert i art. 2 nr. 2. Det er likevel på det rene at sammenslutningen ikke oppfyller bestemmelsens vilkår i en slik situasjon. I følge juridisk teori vil det være naturlig å ekskludere de virksomheter som overskrider beløpsgrensen.<sup>56</sup> Retningslinjene pkt. 28 fastsetter imidlertid at ”såfremt kun et begrenset antal medlemmer af sammenslutningen har en omsætning, der ikke væsentlig overstiger tærskelen på 50 mio. EUR, vil dette normalt ikke ændre vurderingen efter artikel 81”. Ut fra en alminnelig forståelse synes det her som det siktes til at markedsandelstærskelen for hele sammenslutningen jf. art. 3 neppe vil være overskredet hvis overskridelsene til medlemmene bare har et begrenset omfang.<sup>57</sup> Art. 10 nr. 2 uttrykker videre at art. 2 fremdeles vil gjelde dersom virksomhetens samlede årsumsetning på en periode på to år overskrider tærskelen på høyst 10 %. På denne bakgrunn kan det under forutsetning av at overskridelsene er marginale trekkes slutning om at disse ikke har betydning for avtalens stilling under forordningen.

Forordningens retningslinjer skaper avslutningsvis tolkningstvil om det gjelder et tredje vilkår for fritak under 2 nr. 2. Ordlyden fastsetter at eneforhandleravtaler innenfor forordningens virkeområde ”ikke er til hinder for anvendelsen af artikel 81 på horisontale aftaler [eller] beslutninger”. Det siktes her til de forutgående horisontale avtaler som blir inngått før eneforhandleravtalen, f. eks avtale om hvilken leverandør medlemmene ønsker å bruke. Retningslinjene pkt. 29 fastsetter imidlertid at fritaket er betinget av en forutgående aksept av den horisontale avtalen, evt. av eneforhandleravtalens horisontale aspekter dersom disse er inntatt direkte i avtalen. Åpner bestemmelsen for den tolkning som Kommisjonen har lagt til grunn gjennom retningslinjene?

---

generelle virksomhetsbegrepet innenfor EF-retten, da dette begrep er underlagt en vid fortolkning. På denne bakgrunn går ikke fremstillingen nærmere inn på bestemmelsen.

<sup>56</sup> Jf. Korah og O’Sullivan (2002) s. 139

<sup>57</sup> Jf. Korah og O’Sullivan (2002) s. 139

Ordlyden synes ikke ut fra en alminnelig forståelse å utlede krav om en slik forutgående aksept av den horisontale avtale. Forordningens siktemål om en forbedring av den økonomiske effektivitet jf. preambelens pkt. 6, trekker i retning av at avtalen ikke er betinget av andre avtaler før avtaleinngåelse, da avtaleprosessen på denne måte vil ta lengre tid. Hensynet til å kunne forutberegne sin rettsstilling, som er en av intensjonene bak utstedelsen av gruppefritaket, støtter også opp under denne forståelse av bestemmelsen, da betingelsen ikke fremgår direkte av bestemmelsen. Innenfor juridisk teori hersker det enighet om at det ikke foreligger rettslig grunnlag for en slik fortolkning av art. 2 nr. 2.<sup>58</sup> Ut fra ovenstående synes det som at ordlyd og hensynet til forutberegnelighet og effektivitet må tillegges en avgjørende vekt, slik at Kommisjonens uttalelse ikke blir avgjørende. Sammenslutningers eneforhandleravtaler er derfor ikke betinget av en aksept av den forutgående horisontale avtalen.

### 3.6.2 Konkurrenter og eneforhandleravtaler

#### 3.6.2.1 Hovedregel

Hovedregelen i art. 2 nr. 4 er i følge ordlyden at gruppefritaket ”ikke [gjelder] for vertikale aftaler mellom konkurrerende virksomheter”. Eneforhandleravtaler mellom slike parter er derfor ikke tillatt etter Kfo. 2790/99. Det avgjørende for fritak er på denne bakgrunn at virksomhetene ikke er konkurrenter.

Art. 1 a) gir en begrepsavklaring av ”konkurrerende virksomheter”. Det fremgår her at partene er konkurrenter dersom de er ”faktiske eller potensielle leverandører på det samme produktmarked; dette produktmarked omfatter varer og tjenester, som af køberen anses for indbyrdes ombyttelige eller substituerbare med aftalevarerne eller – tjenesterne på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål”. Kapittel 4.3, 3. avsnitt, går her inn på avgrensningen av det relevante produktmarked. Deltakelse på det samme marked er herunder en grunnleggende forutsetning for at partene skal være faktiske eller potensielle leverandører. Det er videre irrelevant om partene opererer på det samme geografiske relevante marked eller ikke.

---

<sup>58</sup> Jf. Korah og O’Sullivan (2002) s. 138 og Whish (2000) s. 902.



Det sentrale spørsmål som art. 1 a) reiser, er hvordan grensen skal trekkes mellom potensielle leverandører som vil anses som konkurrenter og andre leverandører som vil anses som ikke-konkurrenter.

Forordningen går ikke nærmere inn på denne grensedragningen. Retningslinjene pkt. 26 fastsetter imidlertid at en virksomhet er en potensiell leverandør dersom den har ressurser til å investere, samt få et konkurrerende produkt ut på markedet innenfor et tidsrom på ett år. Virksomheten må da tåle ”en mindre varig stigning i de relative priser”. At virksomheten teoretisk sett er i stand til å levere et tilsvarende produkt på markedet, er derfor ikke tilstrekkelig for at den er en potensiell leverandør. Retningslinjenes grensedragning av hvilke virksomheter som vil omfattes av begrepet ”potensiell leverandør” sørger for at interbrand-konkurransen er tilstrekkelig ivaretatt, da et forbud bare vil omfatte aktører som reelt sett er en trussel for konkurransen. Likevel ivaretar denne grensedragning hensynet til effektivitet i distribusjonen,<sup>59</sup> idet den ikke forbyr unødvendig mange leverandører fra å kunne inngå eneforhandleravtaler under Kfo. 2790/99.<sup>60</sup> Det kan etter dette konkluderes med at grensedragningen i retningslinjenes pkt. 26 må legges til grunn ved vurderingen av leverandøren.

Et særlig spørsmål oppstår dersom en virksomhet opptrer som forhandler for ett produkt samtidig som han er forhandler for et produkt som er produsert på bakgrunn av forhandlerens egne spesifikasjoner og instruksjoner. Vil forhandleren i et slikt tilfelle anses som en konkurrerende virksomhet? Juridisk teori har anført at produsenten i en slik sammenheng ikke kan regnes som den faktiske produsenten, da forhandleren har konkrete interesser i den aktuelle varen.<sup>61</sup> I en slik situasjon anses derfor forhandleren som en konkurrerende virksomhet. Hensynet til interbrand-konkurransen taler for at denne tolkning må legges til grunn, da partene reelt sett er konkurrenter.

---

<sup>59</sup> Jf. preambelens pkt. 6

<sup>60</sup> Betraktningen om at også potensielle leverandører anses som konkurrerende virksomheter, er et utslag av forbudet i EF art. 81 (1) mot avtaler som potensielt kan begrense konkurransen. Se f. eks T-374, 375, 384 & 388/94, *European Night Services v. Kommisjonen*.

<sup>61</sup> Jf. Korah og O’Sullivan (2002) s. 135

### 3.6.2.2 Unntak

Art. 2 nr. 4 stiller opp tre unntak hvor eneforhandleravtaler mellom konkurrerende virksomheter allikevel er tillatt.<sup>62</sup> Det vil i det følgende gås nærmere inn på hvilke nærmere betingelser art. 2 nr. 4 bokstav a) til c) stiller for at eneforhandleravtaler mellom konkurrerende virksomheter likevel kan falle innenfor gruppefritaket.

Grunnvilkåret for at unntaksbestemmelsene i a) til c) skal komme til anvendelse er i følge ordlyden at avtalen er ”ikke-gjensidig”. Dette er derfor det første vurderingstema under alle tre unntakene. Ordlyden gir ingen anvisninger på hva som menes med en ikke-gjensidig avtale. I følge retningslinjene pkt. 27 er imidlertid avtalen ikke-gjensidig hvis en produsent blir eneforhandler av en annen produsents produkter, uten at sistnevnte blir eneforhandler for førstnevntes produkter.

Bakgrunnen for forbudet mot gjensidige eneforhandleravtaler er at forholdene ikke skal legges til rette for et ulovlig horisontalt samarbeid mellom konkurrenter. Gjennom å være forhandlere av hverandres produkter kan slikt samarbeid oppstå i form at en samordning av prisene og oppdeling av markedene seg i mellom. Videre kan effektiviteten innenfor distribusjonen svekkes, da partene i en slik situasjon kan være motvillige til å markedsføre og distribuere den annen parts produkt på bekostning av sitt eget produkt. På den annen side vil konkurrentens forhandling av produktet gjøre markedsføring og salg av et nytt merke enklere, da man her vil selge innenfor en målgruppe og et marked som man har som siktemål. Dette hensynet er imidlertid ikke tillagt vekt ved utformingen av bestemmelsen, da virkningene av et eventuelt ulovlig horisontalt samarbeid vil være en alvorlig begrensning på interbrand-konkurransen.

I bestemmelsens første unntak i bokstav a) fremgår det at det kan gis fritak for eneforhandleravtaler mellom konkurrenter dersom ”kjøperen”, det vil si virksomheten som skal distribuere produktet, har en samlet årsumsetning på maksimum 100 millioner EUR.<sup>63</sup> Utenom kravet om en begrenset årsumsetning stilles det ingen betingelser for

---

<sup>62</sup> Unntakene i bokstav a) til c) er de tredje unntak i rekken, idet forordningen først er et unntak fra EF art. 81 (1), og art. 2 nr. 4 videre er et unntak fra forordningens bestemmelser.

<sup>63</sup> Bestemmelsen innskrenker adgangen i forhold til den forrige forordningen, hvor det var tilstrekkelig at én av partene hadde en maksimum årsumsetning på 100 mill. EUR.

fritak. Følgen av dette er at forhandleren selv kan produsere produkter som konkurrerer med de produktene han er eneforhandler for. Bakgrunnen for at avtalen fritas når kjøperen har en begrenset årsumsetning, er at vedkommende virksomhet i egenskap av å være konkurrent ikke representerer noen trussel av betydning for konkurransen på markedet. Forordningens art. 10 nr. 1 gir nærmere anvisninger for hvordan en virksomhets årsumsetning skal beregnes.<sup>64</sup>

Bestemmelsene i bokstav b) og c) som er identiske, åpner for fritak for eneforhandleravtaler som gjelder henholdsvis varer og tjenester mellom konkurrerende virksomheter. Legger man til grunn en alminnelig forståelse av ordlyden, ser man at fritaket er rettet mot de situasjoner hvor leverandøren betinger seg rett til å distribuere produktene i eneforhandlingsområdet, slik at han vil regnes som en konkurrerende virksomhet med eneforhandleren. I følge retningslinjene pkt. 27 er bakgrunnen for unntakene i art. 2 nr. 4 b) og c) ønsket om å tillate parallell distribusjon.<sup>65</sup>

For at slike eneforhandleravtaler skal falle under gruppefritaket fastsetter bestemmelsene at forhandleren av produktet må avstå fra å henholdsvis produsere konkurrerende varer eller levere konkurrerende tjenester. Kravet må tolkes strengt, idet en motsatt fortolkning vil legge forholdene til rette for et horisontalt samarbeid mellom partene, noe som igjen kan svekke interbrand-konkurransen på markedet. Det settes ingen restriksjoner for størrelsen til virksomhetenes årsumsetning ved denne form for eneforhandleravtaler.

På bakgrunn av ovenstående kan det konkluderes med at art. 2 nr. 4 gir en snever adgang til å la konkurrenter inngå eneforhandleravtaler. Andre avtaler enn de som positivt er tatt med i unntakene vil imidlertid falle utenfor gruppefritaket, da hovedregelen er at fritaket ikke gjelder for eneforhandleravtaler mellom konkurrenter.

---

<sup>64</sup> Beregningen er lik beregningen av årsumsetningen til medlemmer i sammenslutninger i art. 2 nr. 2. Se nærmere om beregningen i kapittel 3.6.1.

<sup>65</sup> Fritaket for eneforhandleravtaler som medfører parallell distribusjon ble først fremmet i "Green-paper on vertical restraint" jf. COM (96) 721 final. Det fremgår her at et forbud mot slike avtaler vil resultere i en utestenging av store deler av markedsaktørene. Denne betraktning er årsaken til at slike avtaler under nærmere betingelser vil være tillatt.

### 3.7 Andre forordninger og eneforhandleravtaler

Eneforhandleravtaler kan inngås innenfor forskjellige former for næringsvirksomhet. Hvilken forordning skal avtalen vurderes etter dersom den faller innenfor virkeområdet til flere forordninger? Art. 2 nr. 5 slår her fast at forordning 2790/99 kommer til anvendelse såfremt at avtalen ikke er ”gjenstand” for andre forordningers virkeområde. Forordningen er likevel ikke en subsidiær forordning for eneforhandleravtaler som er gjenstand innenfor andre forordninger, men som ikke oppfyller kravene til fritak. En eneforhandleravtale som faller inn under gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler jf. Kfo. 240/96 kan eksempelvis ikke falle innenfor forordning 2790/99 dersom den ikke oppfyller kravene for fritak etter førstnevnte forordning. Retningslinjene pkt. 45 viser hvilke forordninger som den aktuelle forordningen er avgrenset mot.

Juridisk teori tar opp et særlig spørsmål som bl.a. gjelder avtaler om lisenser eller salg av kopieringsrettigheter eller varemerkerettigheter. Gruppefritaket for teknologioverføringsavtaler, Kfo. 240/96, omfatter i følge denne forordningens preambel pkt. 9 jf. art. 1 a) og b) eksklusive avtaler om lisenser og overdragelse av rettigheter til patenter eller know-how innenfor et geografisk område. Eneforhandleravtaler som gjelder kopi- eller varemerkerettigheter vil på nåværende tidspunkt falle utenfor dette gruppefritak, da det fremgår at ”a pure copyright or trade mark licence, however, cannot be brought within the Technology Transfer Regulation which applies only if patents and/or know-how are licensed and the copyright or mark is ancillary”.<sup>66</sup>

Det anføres at selv om at de ovenstående avtaler ikke faller innefor forordningens ”white-list” i art. 1, taler alt for at slike avtalers virkning på konkurransen ikke skiller seg fra de avtaler om teknologioverføring som på nåværende tidspunkt faller innenfor gruppefritaket. Det opplyses videre at Kommisjonen skal legge frem forslag på ny forordning for teknologioverføringsavtaler i første del av 2004.<sup>67</sup> Den nye forordningen vil utformes i tråd med den nye generasjon av forordninger. Således vil

---

<sup>66</sup> Korah og O’Sullivan (2002) s. 132.

<sup>67</sup> Korah og O’Sullivan (2002) s. 141 jf. Evaluation Report on the Transfer of Technology Regulation No 240/96, Technology Transfer Agreements under Article 81, 20 December 2001.

teknologioverføringsbegrepet vil utvides, og fritaket bli betinget av partenes markedsrett på det relevante marked.

På bakgrunn av at de aktuelle avtaletypene ikke er omfattet av Kfo. 240/96, anføres det at den nærværende forordnings art. 2 nr. 5 ikke setter skranker for at forordningen kan komme til anvendelse på avtalen.<sup>68</sup> Ut fra EF-rettens formålsbaserte tolkningsprinsipp kan det anføres at slike avtaler på nåværende tidspunkt bør falle innenfor virkeområde i art. 2 nr. 1. Dersom avtalen ikke gjelder overdragelse, men lisenser, må forutsetningen i kapittel 3.4 om at rettigheten først må selges til det neste ledd også tolkes utvidende.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Jf. Korah og O'Sullivan (2002) s. 141.

<sup>69</sup> Se også kapittel 3.4 vedrørende spørsmålet om avtalen per definisjon er en eneforhandleravtale når den er knyttet til leie- eller leasing.

## **4 Krav til markedsandelen på det relevante marked**

### **4.1 Problemstillinger under art. 3**

Et avgjørende kriterium for at eneforhandleravtaler skal falle innenfor gruppefritaket er i følge art. 3 at partenes markedsandel ikke overstiger 30 % av det relevante marked, dvs. det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Kriteriet for fritak refererer seg således til den økonomiske markedsstyrke, og reflekterer siktemålet om en økonomisk vurdering ved avgjørelsen av om avtalen skal falle innenfor gruppefritaket i Kfo. 2790/99.<sup>70</sup> Innføringen av en markedsandelsterskel innebærer den største endringen fra tidligere fritaksforordninger, og den må ses i lys av Kommisjonens presumsjon om at avtaler hvor partene har begrenset markedsrett er overveiende positive for konkurransen på markedet, jf. preambelens pkt. 8.

Kravet til en begrenset markedsandel på det relevante marked reiser særlige spørsmål som det vil gås nærmere inn på i kapittel 4.2 til 4.4. Det vil gås nærmere inn på hvilken markedsandel, leverandørens eller forhandlerens, som skal legges til grunn ved beregningen, og hvordan dette rent praktisk skal gjøres. Det vil videre reises spørsmål om hvilke krav forordningen stiller til avgrensningen av det relevante marked. Her vil det ses på særlige problem som kan oppstå som følge av at avgrensningen av det relevante marked innenfor Kfo. 2790/99 er forenklet sammenlignet med den generelle avgrensningsprosedyren i EF-retten. Avslutningsvis vil det ses nærmere på hvem som skal anses som leverandør dersom eneforhandleravtalen strekker seg over flere ledd, samt hvilken betydning det har at deler eller alle produktene i en eneforhandleravtale overstiger markedsandelsterskelen innenfor sitt relevante marked.

---

<sup>70</sup> Størrelsen på markedsandelen er valgt som indikator for markedsrett, da det er en rådende oppfatning at denne er den mest hensiktsmessige og praktiske måte å måle markedsretten på. Kommisjonen har imidlertid medgitt at denne ikke gir en presis måling, da det er flere faktorer som kan være relevante. Forordningens siktemål om å forenkle vurderingen er imidlertid tillagt den avgjørende vekt ved avgjørelsen. Se Korah og O'Sullivan (2002) s. 155.

## 4.2 Partenes markedsandel

Når det gjelder hvilken markedsandel som skal legges til grunn ved vurderingen, må det tas utgangspunkt i ordlyden i art. 3. I følge nr. 1 er fritaket betinget av at "leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked", mens nr. 2 fastsetter at det ved avtaler om eksklusiv leveringsforpliktelser er forhandlerens markedsandel som skal legges til grunn. I følge retningslinjene pkt. 89 er det herunder "utelukkende i forbindelse med eksklusiv levering som definert i gruppefritagelses-forordningens art. 1 c) at det er kjøberens markedsandel og kun denne, der er avgjørende for om gruppefritagelsen finder anvendelse". En eneforhandleravtale vil i den forbindelse ikke falle innenfor definisjonen av en slik avtale, idet den bare regulerer eneforhandling til avgrensede geografiske områder og ikke Fellesmarkedet som sådan.<sup>71</sup> Det kan på denne bakgrunn slås fast at art. 3 nr. 1 er den relevante bestemmelsen ved beregningen av markedsandel i tilknytning til vurderingen av hvorvidt en eneforhandleravtale vil falle innenfor gruppefritaket i Kfo. 2790/99.

Hvordan skal leverandørens markedsandel rent praktisk beregnes? Forordningens art. 9 stiller nærmere kriterier som skal legges til grunn ved beregningen. Det fremgår her at markedsandelen enten kan "beregnes på grundlag af værdien på afsætningsmarkedet af aftalevarerne eller -tjenesterne og andre varer eller tjenester, der sælges af leverandøren, og som kjøberen anser for ombyttelige eller substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og tilsigtede anvendelsesformål [...]". Dette betegnes som en beregning ut fra verdibaserte data. Det følger videre at leverandørens markedsandel kan "fastlægges skønsmæssigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder de afsatte mængder". Dette kan betegnes som en beregning ut fra skønsmessige data, f. eks mengdebaserte data. Art. 9 er bygget på EF-rettens generelle regler om beregning av markedsandel. Den setter ingen særskilte vilkår som fraviker fra beregningen av markedsandeler i EF-retten som sådan. På dette grunnlag vil det ikke gås nærmere inn på bestemmelsens vilkår.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Jf. kapittel 3.4 siste avsnitt. Det er herunder utenfor avhandlingens siktemål å gå nærmere inn på avtaler om eksklusive leveringsforpliktelser.

<sup>72</sup> Beregningsmåten av markedsandelen er noe ulik i forordningens art. 9 nr. 2 a) og forordning 4064/89 om fusjoner. Førstnevnte tar utgangspunkt i forrige kalenderår mens fusjonsforordningen beregner ut fra forrige finansår. Det er ikke gitt noen nærmere forklaring på hva forskjellen skyldes.

### 4.3 Avgrensning av det relevante marked

For å beregne leverandørens markedsandel er det en forutsetning at det relevante markedet som markedsandelen skal beregnes ut fra er definert. Ved denne vurdering må det tas utgangspunkt i ordlyden i art. 3 nr. 1. Det fremgår her at det relevante marked er det marked "hvorpå [leverandøren] selger aftalevarerne eller –tjenesterne". Ut fra en alminnelig forståelse av ordlyden ser man at markedet skal avgrenses til å gjelde det markedet forhandleren opererer på. Dette vil enten være et grossistmarked eller et detaljistmarked, avhengig av om leverandøren er produsent eller grossist.

I tilknytning til hvordan avgrensningen rent praktisk skal foretas, gir verken forordning eller retningslinjer nærmere prosedyreregler. I fravær av andre regler skal de generelle reglene om avgrensning av det relevante marked i EF-retten legges til grunn. Retningslinjene pkt. 88 fastsetter imidlertid at Kommisjonens meddelelse<sup>73</sup> om avgrensning av det relevante marked i forbindelse med Fellesskapets konkurranserett gir veiledning om regler, kriterier og beviser som Kommisjonen anvender når den skal ta stilling til markedsavgrensningen.<sup>74</sup> Markedsandelstesten som her er utarbeidet, skal derfor anvendes også ved avgrensningen av det relevante marked innenfor forordningen.<sup>75</sup>

Ved avgrensningen av det relevante produktmarked jf. art.3 nr. 1, er størrelsen på markedet i følge retningslinjene pkt. 91 betinget av hvilket ledd leverandøren befinner seg på. Hvis leverandøren er produsent og leverer til en grossist, vil alle leverandører som leverer varer som for eksempel passer inn på fryselageret til grossisten, være konkurrenter på det samme produktmarked. Alle leverandører av tørrgods til grossister kan av samme grunn anses å være innenfor det samme produktmarked. Dersom det distribueres til detaljhandlere vil imidlertid leverandørene ikke like lett kunne anses som konkurrenter innenfor det samme produktmarked, idet substituerbarheten mellom

---

<sup>73</sup> Jf. EFT C 372 av 09.12.97.

<sup>74</sup> Generelle problemstillinger knyttet til avgrensningen av det relevante marked ligger utenfor oppgavens siktemål, da denne bare tar for seg særegne spørsmål som gjelder utelukkende for tolkningen av bestemmelsene i forordningen.

<sup>75</sup> SSNIP-testen (small but significant non-transitory increase in prices).



produktene vil være lavere her som følge av at detaljhandlere i større grad er spesialiserte innenfor forskjellige produkttyper sammenlignet med grossistene.

Denne avgrensning av det relevante produktmarked vil i tillegg til å ha betydning størrelsen på leverandørens markedsandel også være sentral under vurderingen om leverandører kan anses konkurrerende virksomheter jf. art. 2 nr.4, da det her er et avgjørende kriterium at partene opptrer på det samme produktmarked.<sup>76</sup>

EF-rettens generelle regler vedrørende avgrensningen av det relevante marked, som videre er basert på SSNIP-testen, byr på visse problemer i forhold til den stringente avgrensningen av det relevante marked som er fastsatt i art. 3 nr. 1. Dette skyldes at testen er bygget på en helhetsvurdering, mens forordningen i følge retningslinjene pkt. 22 er bygget på en forenklet og brukervennlig avgrensning av det relevante marked. Forenklingen forsvarliggjøres ved at forordningen ivaretar hensyn som effektivitet under avtaleprosessen, samt økt forutberegnelighet og rettssikkerhet for avtalepartene.

Forenklingen fører for det første til at avtalens virkninger i de etterfølgende ledd i kjeden ikke er relevant å ta i betraktning ved avgrensningen, da det her bare markedet som leverandøren direkte selger varene til som skal legges til grunn. Den omstendighet at senere ledd ikke skal tas i betraktning, kan føre til at leverandører reelt sett har større markedsandeler enn de som kommer til uttrykk i art. 3 nr. 1, og at eneforhandleravtalen under Kfo. 2790/99 derfor rent faktisk er overveiende negativ for konkurransen på markedet.<sup>77</sup>

Forenklingen i art. 3 nr. 1 fører videre til at det ved avgrensningen av produktmarkedet ikke er relevant å ta hensyn til konsumentenes syn på substituerbarheten av det aktuelle produkt, noe som skal tas i betraktning ved avgrensningen etter SSNIP-testen. Det relevante produktmarkedet innenfor forordningen kan på dette grunnlag være større enn hva som faktisk er tilfelle. Dette kan igjen resultere i at leverandørens markedsandel

---

<sup>76</sup> Se kapittel 3.6.2

<sup>77</sup> Det må imidlertid tas i betraktning at beregningsgrunnlaget til markedsandelen blir større hvis man legger til grunn et større relevant marked. Dette kan derfor føre til at den reelle markedsmakten allikevel ikke er så stor.

reelt sett er mindre enn den som blir beregnet under forordningen, slik at avtaler hvor markedsandelsterskelen er overskredet faktisk har en lavere markedsandel på det relevante produktmarked i Fellesskapet.

Gruppefritaket kan imidlertid inndras etter art. 6 og 7 for eneforhandleravtaler som oppfyller markedsandelskravet i art. 3 nr. 1, men hvor avtalen anses som overveiende negativ som følge av at markedsandelen reelt sett overstiger terskelen på 30 %. Avtaler som overskrider markedsandelsterskelen i art. 3 nr. 1, men som reelt sett har en lavere markedsandel, kan på den annen side innvilges individuelt fritak etter EF art. 81 (3).

#### 4.4 Øvrige spørsmål

Det følger av kapittel 3.1.1. at eneforhandleravtaler kan inngås mellom en produsent, en grossist og en detaljist. Det kan i den forbindelse reises spørsmål om hvem som vil anses som leverandør etter art. 3 nr. 1 ved beregningen av markedsandelen, når det er flere som per definisjon er leverandører.

Ordlyden fastsetter at "leverandørens" markedsandel skal beregnes. Bruken av entallsformen trekker i retning av at det er én av partenes markedsandel som skal beregnes. Retningslinjene pkt. 93 uttrykker at ved avtaler som strekker seg over flere ledd skal markedsandelene til leverandørene i hvert ledd være under 30 %. Hensynet til en effektiv konkurranse på markedet gjør at det er naturlig at retningslinjenes forståelse må legges til grunn, idet en motsatt forståelse av ordlyden åpner for at en grossist kan inngå trepartsavtale med produsent og detaljist for å unngå kravet om begrenset markedsandel. På denne bakgrunn må alle ledd hvor virksomhetene opptrer som leverandører ha en markedsandel som ikke overstiger 30 % av det relevante marked.

Det kan reises spørsmål om hvilken betydning det vil ha for avtalens stilling i forhold til Kfo. 2790/99 dersom alle eller deler av produktene i eneforhandleravtalen overstiger markedsandelsterskelen på 30 %.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> De produkter i avtalen som ikke oppfyller kravet til en begrenset markedsandel vil jf. art. 3 nr. 1 ikke falle innenfor gruppefritaket. Retningslinjene pkt. 69 fastsetter videre at et fritak nå må vurderes etter alminnelige konkurranseregler jf. EF art. 81. Det følger herunder at det for det første "ikke gjelder noen illegalitetsformodning" for de produkter som faller utenfor gruppefritaket. Således kan det søkes om individuelt fritak jf. EF art. 81 (3) for de aktuelle produkt. Dersom overtredelsen av EF art. 81 (1) ikke

Dersom leverandørens markedsandel overstiger terskelen i art. 3 nr. 1 for alle produktene eller det produktet eneforhandleravtalen regulerer, er det på det rene at avtalen ikke vil falle innenfor gruppefritaket i Kfo. 2790/99. Det følger imidlertid av retningslinjene pkt. 62 at "[eneforhandleravtaler] der ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen, formodes ikke at være ulovlige, men vil eventuelt kræve individuell undersøgelse". Det kan derfor søkes om individuelt fritak jf. EF art. 81 (3) for avtaler som står i en slik situasjon.

Hva med eneforhandleravtaler hvor det bare er enkelte av produktene i avtalen som ikke oppfyller kravet til en begrenset markedsandel jf. art. 3 nr. 1? Dette kan være tilfelle dersom eneforhandleravtalen regulerer flere forskjellige produkter. Ut fra en alminnelig forståelse av bestemmelsen ser man at fritagelsen etter forordningen er knyttet til markedsandelen for det aktuelle produkt, og ikke til avtalen som sådan. I følge retningslinjene pkt. 68 fremgår det at ved distribusjon av forskjellige produkter "finder gruppefritagelsesforordningen anvendelse på de varer og tjenester, for hvilke betingelserne for dens anvendelse er opfyldt". En kan på denne bakgrunn trekke slutning om at de produkter i avtalen som oppfyller kravet til en begrenset markedsandel alltid vil fritas selv om avtalen sett under ett ikke vil falle innenfor forordningen. Effektivitetshensyn taler for at bestemmelsen må tolkes på denne måte. En motsatt fortolkning vil medføre at det enten må søkes om individuelt fritak for produkter som i utgangspunktet er fritatt, eller mest sannsynlig, at avtalen oppstykkes i separate avtaler på bakgrunn av markedsandelen på de forskjellige produktene.

---

kan fritas på et individuelt grunnlag, kan det undersøkes om det finnes egnede rettsmidler innenfor rammene av det konkrete distribusjonssystem til å løse konkurranseproblemet. Dette kan for eksempel være at det ikke gjelder eneforhandling for produktet hvor markedsandelsterskelen er overskredet, mens det gjelder betingelser om eneforhandling for de øvrige produktene. Sist følger det av retningslinjene at man ved overskridelse av enkelte av produktene også kan "gjennomføre andre distribusjonsarrangementer". Med dette menes at produktene under ingen omstendighet kan reguleres i avtaler som innebærer en vertikal restriksjon på det relevante marked.

## 5 Restriksjoner som utelukker fritak

### 5.1 Innledende bemerkninger

Den sentrale forskjell mellom Kfo. 2790/99 og tidligere fritaksforordninger under EF art. 81 (1) er at dette gruppefritak knytter fritaksvurderingen til hvorvidt avtalen i et økonomisk perspektiv vil være overveiende positiv for konkurransen på Fellesmarkedet eller ikke.<sup>79</sup> Det fins således ikke en "white-list" over hvilke restriksjoner innenfor eneforhandling som vil være tillatt. Forordningen tillater av den grunn alle former for restriksjoner, såfremt det ikke kommer positivt til uttrykk at de ikke er tillatt.<sup>80</sup> Forordningens art. 4 inneholder her en "black-list" over restriksjoner som innebærer alvorlige konkurransebegrensinger på intrabrand-konkurransen. Disse restriksjoner vil alltid anses å ha et konkurransebegrensende formål.

Den rettslige følge av at eneforhandleravtalen inneholder en slik restriksjon er ut fra en alminnelig forståelse av ordlyden i art. 4 at avtalen i sin helhet faller utenfor gruppefritaket. Dette kommer av at "fritagelsen etter artikkel 2 gjelder ikke for vertikale aftaler [...]", herunder eneforhandleravtaler, som har konkurransebegrensende formål. Preambelens pkt. 10 gir støtte for denne tolkningen av ordlyden, da den fastsetter at "[d]enne forordning bør ikke fritage vertikale aftaler, der inneholder begrensninger, som ikke er nødvendige for at opnå [ovennævnte] positive virkninger". Det fremgår videre at dette gjelder uavhengig av om markedsandelsterskelen i art. 3 nr. 1 ikke er overskredet. I følge retningslinjene pkt. 46 synes det videre som at en slik avtale heller ikke kan innvilges fritak etter EF art. 81 (3), idet det her fastsettes at det er "usandsynlig, at vertikale aftaler, der inneholder disse alvorlige begrensninger, vil kunne meddeles individuell fritagelse".

Når det gjelder hvilke restriksjoner som omfattes av art. 4, følger det av ordlyden at bestemmelsen omfatter restriksjoner som har til "formål" å begrense konkurransen slik

---

<sup>79</sup> Jf. preambelens pkt. 7.

<sup>80</sup> Jf. Whish (2001) s.570.

det fremgår nærmere i bokstavene a) til e). Restriksjonene i avtalen kan fremgå ”direkte eller indirekte, alene eller kombinert med andre faktorer som partene har afgørende indflydelse på”.

”Formål” skal her forstås på samme måte som det tilsvarende begrep i EF art. 81 (1), hvor det fremgår at avtaler hvis ”formål er [...]å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, skal være uforenelige med det felles marked og forbudt [...]”..Juridisk teori uttrykker i denne forbindelse at ”[t]he word ”object” in Article 4 of the Regulation, and in Article 81 (1) of the Treaty does not, presumably, refer to the subjective intention of the parties; rather to the aim of the agreement judged by objective standards”.<sup>81</sup> Det er derfor formålet til avtalen som skal legges til grunn, herunder hvilken betydning restriksjonene i avtalen har, og ikke partenes subjektive hensikt som skal legges til grunn. Idet både indirekte og direkte formål, samt formål som står sammen med andre faktorer er omfattet av bestemmelsen, vil nedslagsfeltet til art. 4 være bredt.

Det sentrale spørsmål når det gjelder restriksjoner innenfor eneforhandling, er hvilke prisrestriksjoner og territoriale videresalgsrestriksjoner som det ikke vil være tillatt å ta med i avtalen dersom den skal falle innenfor gruppefritaket under Kfo. 2790/99.<sup>82</sup>

## 5.2 Prisrestriksjoner

Eneforhandleravtaler som faller utenfor gruppefritaket på grunn av ulovlige prisrestriksjoner vil typisk være avtaler hvor produsentene direkte eller indirekte prisdiskriminerer mellom eneforhandlingsområdene ved å ta høyere priser i de områder hvor inntektsnivået og markedsforhold gir grunnlag for dette, for eksempel det norske marked. I følge ordlyden i art. 4 a) gjelder fritaket ikke for eneforhandleravtaler som setter ”begrænsninger i køberens adgang til å fastsætte sin salgspris”.<sup>83</sup> Bestemmelsen

---

<sup>81</sup> Jf. Whish (2000) s. 911 og 912.

<sup>82</sup> De andre restriksjoner som ikke er tillatt etter art. 4 gjelder i tilknytning til andre vertikale avtaletyper under forordningens virkeområde. For eneforhandleravtaler slik de er definert i kapittel 2.1, vil de ikke være aktuelle. Det er derfor utenfor problemstillingen i oppgaven å se på disse bestemmelsene.

<sup>83</sup> Innenfor økonomisk teori er det rettet kritikk mot et ubetinget forbud mot prisrestriksjoner, idet slike også kan ha positive virkninger for konkurransen. Se Sørgard (2003).

reiser to spørsmål; for det første hvilke priser som innebærer en ulovlig begrensning, og for det andre hvordan en prisrestriksjon kan komme til uttrykk i avtalen.

Når det gjelder hvilke priser som innebærer en ulovlig begrensning på konkurransen, synes det ut fra en alminnelig forståelse av ordlyden at dette gjelder faste priser eller minimumspriser for forhandlerens videresalg. Veiledende videresalgsspriser og maksimumspriser er imidlertid ikke omfattet av art. 4. Denne forståelse av ordlyden støttes i preambelen pkt. 10, hvor det fremgår at forordningen ikke bør frita avtaler som inneholder visse former for alvorlige konkurransebegrensninger ”så som [blant annet] mindste eller faste videresalgsspriser”. Retningslinjene pkt. 47 samsvarer også med denne forståelsen av ordlyden. Den utdyper videre hva som menes med faste- og minimumspriser. Det fremgår her at fritaket verken gjelder prisregulering ved forhandlerens videresalg av produktet eller opprettholdelse av et fast- eller minste prisnivå som forhandleren må overholde ved videresalget. Hensynet til en effektiv konkurranse<sup>84</sup> tilsier her at slike restriksjoner ikke kan fritas, da begrensninger mot reduksjoner i pris medfører en unødvendig svekkelse av intrabrand-konkurransen.<sup>85</sup>

Ved vurderingen av hvordan en prisrestriksjon kan komme til uttrykk i et avtaleforhold, må bestemmelsen ses i lys av grunnvilkåret i art. 4 hvor det fremgår at restriksjonen direkte eller indirekte må ha til formål å motvirke lave priser eller opprettholde et høyt prisnivå, alene eller kombinert med andre faktorer.

Ordlyden gir ingen nærmere beskrivelse av hvilke tilfelle som faller innenfor bestemmelsen. Retningslinjene pkt. 47 gir imidlertid eksempler på restriksjoner som regnes å ha slike formål, og er utslag av en rik praksis knyttet til prisrestriksjoner som er omfattet av EF art. 81 (1).

Avtaler som har prisbinding som et direkte formål, vil være avtaler som fastsetter en fast pris eller en minimumspris for videresalget direkte i avtalen. En indirekte prisrestriksjon som omfattes av art. 4 a) kan i følge retningslinjene komme til uttrykk gjennom avtaler om ”fastsettelse av forhandleravancen, om fastsettelse af den

---

<sup>84</sup> Jf. preambelens pkt. 6 jf. EF art. 81 (3).

<sup>85</sup> Jf. preambelens pkt. 10.

maksimelle rabat, som en forhandler må yde i forhold til et foreskrevet prisniveau, om ordninger, som gør leverandørrabatter eller refusion af udgifter til salgsfremmende foranstaltninger betinget af overholdelse af et bestemt prisniveau, om sammenknytning af den foreskrevne videresalgspris med konkurrenternes videresalgspriser, samt trusler, intimidering, advarsler, sanktioner, forsinkelser eller standsning af leverancer eller opsigelse af aftalen i relation til iagttagelsen af et givet prisniveau". Restriksjoner som kombineres med faktorer er i følge retningslinjene blant annet prisovervåkningssystemer, eller angiversystemer hvor forhandlere som senker prisene innrapporteres. Videre omfattes virkemidler som reduserer forhandleren initiativ til å senke prisen, f.eks trykking av veiledende pris på produktet, samt forpliktelse for forhandleren til å benytte en "mest begunstiget kunde-klausul". Retningslinjene representerer ingen uttømmende liste, og andre kontellasjoner vil også omfattes såfremt det kan bevises at formålet er å hindre at forhandleren setter lave priser ved videresalget.

Kan en fastsettelse av veiledende pris eller maksimumspris også være en prisrestriksjon jf. art. 4? Utgangspunktet er jf. ovenstående at slike priser er tillatte, idet de verken setter krav om en fast pris eller setter grenser for å unngå lave priser. Likevel vil priser som gjennom "pres eller incitamenter fra den ene av partene får karakter af faste priser eller minimumspriser" rammes av art. 4 a). Formålet bak bestemmen er her å forhindre at leverandøren kan omgå forbudet mot faste- eller minimumspriser. "Den ene af partene" peker herunder til leverandøren, idet forhandleren i en eneforhandleravtale ikke ønsker priser som medfører en svekket posisjon innenfor interbrand-konkurransen, samt intrabrand-konkurransen utenfor det aktuelle område eller kundegruppen. Hvilke "pres eller incitamenter" medfører at man realiteten står overfor en prisrestriksjon jf. art. 4 a)? Ordlyden gir ingen nærmere holdepunkter, men ut fra en kontekstuell tolkning synes det imidlertid som at begrepet er et eksempel på en indirekte måte å sette restriksjoner i prisen. I følge retningslinjene pkt. 47 kan "de samme indirekte midler og de samme ledsagende foranstaltninger brukes til at få maksimumspriser eller vejledende priser til at fungere som bindende priser". Under henvisning til ordlyd, retningslinjer og hensynet bak at avtaler med slike restriksjoner faller utenfor gruppefritaket, kan det konkluderes med at "pres og incitamenter" skal tolkes i samsvar med andre indirekte foranstaltninger, da det bl.a gjelder de situasjoner som fremgår av retningslinjene pkt. 47.

## 5.3 Territoriale videresalgsrestriksjoner

### 5.3.1 Hovedregel

Det følger av ordlyden i art. 4 b) at forordningen ikke gjelder for eneforhandleravtaler som setter ”begrænsning af det område eller den kundegruppe hvortil køberen må sælge kontraksvarerne og –tjenesterne”. En alminnelig forståelse av ordlyden viser at eneforhandleravtaler som innehar vilkår om territoriale videresalgsbegrænsninger vil falle utenfor gruppefritaket. Utgangspunktet er her at det ikke er tillatt med restriksjoner som hindrer parallellimport på Fellesmarkedet. Forhandleren står derfor fritt til å reeksportere produktene til andre områder eller enn de som er tildelt gjennom eneforhandleravtalen. Denne forståelse av ordlyden finner støtte i preambelen pkt. 10, hvor det fremgår at ”visse former for områdebeskyttelse ikke [er] omfattet af den gruppefritagelse, der indføres ved denne forordning”, samt de hensyn som kommer til uttrykk i preambelens pkt. 6. Ut fra bestemmelsens ordlyd kan det utledes spørsmål om hva som regnes som en territorial begrensning i salgsområde for forhandleren.

Ordlyden går ikke nærmere inn på dette spørsmålet, men på bakgrunn av at bestemmelsen tar sikte på å favne over både ”direkte og indirekte” restriksjoner, vil enhver restriksjon som kan bevises omfattes. Retningslinjer pkt. 49 gir eksempler på forskjellige videresalgsrestriksjoner. Direkte begrensninger i forhandlerens salg kan herunder være forbud mot å selge til bestemte områder, eller henvisning av kunder utenfor sitt eneforhandlerområde til andre forhandlingsområder. Indirekte forbud kan være foranstaltninger gjennom f.eks ”afvisning eller reduction af bonus eller rabatter, leveringsnægtelse, reduktion af leverancer eller begrænsning af leverede mængder til efterspørgselen i det tildelte område, trusler om kontraktopsigelse eller pligt til at tilbagegive fortjenesten. Den kan desuden være en følge af, at leverandøren ikke yder en EF-dekkende garanti-service, i henhold til hvilken alle forhandlere er forpligtede til at yde garantiservice og får udgifterne hertil refunderet af leverandøren, også for så vidt angår produkter, der sælges på deres område af andre forhandlere”. En faktor vil lettere anses som en områderestriksjon dersom den skjer i kombinasjon med en annen foranstaltning. Retningslinjene nevner her overvåkningssystem vedrørende varens bestemmelsessted og bruk av serienummer eller differensiert merking av produktene. Bestemmelsen er et resultat av tidligere rettspraksis og kommisjonsavgjørelser.



Det kan stilles spørsmål om alle reguleringer som innskrenker salgsområdet anses som videresalgstreiksjoner jf. art. 4 b). Utgangspunktet er at restriksjonen må ha et direkte eller indirekte konkurransebegrensende formål, noe som er nærliggende i fleste situasjoner som vil omfattes av art. 4. Retningslinjene gir imidlertid to eksempler på reguleringer hvis formål ikke er å oppnå territoriale videresalgstreiksjoner. Dette gjelder for det første restriksjoner som skapes på grunn av at alle forhandlere pålegges et forbud mot å selge til bestemte endelige forbrukere og forbudet er objektivt begrunnet. Dette kan for eksempel gjelde et generelt forbud mot salg av farlige stoffer til bestemte kunder av sikkerhets- sunnhetsmessige årsaker. Konkurransen på markedet kan påvirkes av en slik restriksjon, da tilbudet vil utebli.<sup>86</sup> På grunnlag av at siktemålet med forbudet ikke er å begrense konkurransen, samt at alle forhandlerne av produktet må forholde seg til forbudet, er forbudet likevel ikke en alvorlig begrensning for konkurransen. Retningslinjene fastsetter også at det heller ikke er en konkurransebegrensende restriksjon etter art. 4 b) at forhandleren pålegges plikt til å ha leverandørens varemerke på produktet. Motivet vil her ikke være en konkurransebegrensning, men et utslag av alminnelig handlefrihet fra leverandørens side.

### 5.3.2 Unntak

Art. 4 b) stiller opp fire unntak hvor videresalgstreiksjoner allikevel er tillatt under forordningen. For eneforhandleravtaler er det bare de to første unntakene som har betydning.<sup>87</sup>

Unntaket i art. 4 b) 2. avsnitt åpner for videresalgstreiksjoner vedrørende ”begrænsningen af køberens salg til slutbrugere, såfremt køberen driver virksomhed i engrosleddet”. Ut fra en normal forståelse av ordlyden gis det adgang til å stille restriksjoner både for aktivt og passivt salg, da det ikke sondres mellom de ulike formene for salg. Retningslinjene pkt. 52 nevner bestemmelsen, men går ikke nærmere inn på den. Bakgrunnen for bestemmelsen er imidlertid å forhindre at grossister også

---

<sup>86</sup> På den annen side kan det tenkes at etterspørselen også uteblir som følge av informasjonen om at produktet er helseskadelig.

<sup>87</sup> Jf. note 82.

skal operere på detaljistleddet til produktet. Vilkåret reiser ingen særlige problemstillinger som det er nødvendig å gå nærmere inn på.

Unntaket i art. 4 b) 1. avsnitt, gjelder i følge ordlyden ”begrænsningen af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som er reservert leverandøren, eller som leverandøren har tildelt en anden køber, forudsat at begrænsningen ikke begrænser køberens kunders salg”. Ut fra en normal språklig forståelse setter ordlyden tre krav for eneforhandleravtaler med territoriale videresalgsbegrænsninger allikevel skal falle under gruppefritaket. For det første må begrensningen gjelde salget til bestemte områder. For det andre må restriksjonen ikke begrense salget til forhandlerens kjøpere. For det tredje er det bare tillatt å sette restriksjoner i forhandlerens aktive salg.<sup>88</sup> Det vil i det følgende ses nærmere på kravene som stilles for at eneforhandleravtaler med territoriale videresalgsrestriksjoner skal falle under gruppefritaket.

Det første kravet som stilles i art. 4 b) 1. avsnitt er at restriksjonen for videresalget må gjelde innenfor leverandørens eller andre forhandleres områder. Det kan stilles spørsmål om restriksjonen må fremgå direkte av eneforhandleravtalen. Verken forordningen eller retningslinjene synes her å gi holdepunkter ved vurderingen. Det synes rimelig at så lenge det foreligger eksklusivavtaler for andre områder, vil disse være tilstrekkelig bevis for at forhandleren ikke kan selge aktivt til disse områdene. Leverandørens egne eksklusivområder fremgår imidlertid ikke av noen avtale. Det vil derfor oppstå et bevisproblem hvis leverandøren ikke reserverer denne retten til seg selv direkte i eneforhandleravtalen. Det kan imidlertid stilles spørsmål om leverandøren kan hevde at han indirekte har en eksklusivrett til de områder som ikke er regulert i avtaler. Forhandlerens rett til å forutberegne sin rettsstilling, samt betydningen av at

---

<sup>88</sup> Forordning 1983/83 art, 2 (2) c gav adgang til å forby aktivt salg utenfor hele eneforhandlingsområdet til forhandleren og art. 4 b) 1. pkt er således en innsnevring av adgangen til å forby aktivt salg. Nå gjelder imidlertid forbudet om aktivt salg også mot eneforhandling innenfor en kundegruppe. Dette medfører at det kan opprettes flere eneforhandleravtaler innenfor samme område, ved at én forhandler blir utpekt til å være eneforhandler innenfor en bestemt kundegruppe i et avgrenset område og denne nektes aktivt salg til resten av området som følge av at det her er andre eksklusivavtaler, samtidig som andre distributører av samme grunn nektes adgang til aktivt salg til førstnevnte kundegruppe. Det er imidlertid utenfor oppgavens siktemål å gå inn på dette tema.

restriksjoner i avtaler ikke skal strekkes lengre enn nødvendig,<sup>89</sup> trekker her i retning av at slike områder ikke automatisk kan tilfalle leverandøren. En motsatt forståelse vil medføre en ytterligere oppdeling av markedet, som vil svekke intrabrand-konkurransen mer enn nødvendig. Dette hensyn, sammenholdt med at verken ordlyd eller retningslinjer åpner for motsatt fortolkning, må tillegges den avgjørende vekt. For leverandører i en etableringsfase kan det være problematisk å ha oversikt over potensielle fremtidige områder. Løsningen i en slik situasjon vil være at leverandøren negativt reserverer seg en eksklusivrett til alle områder som ikke avtaleparten har eksklusiv rett til.

Det andre kravet som stilles i art. 4 b) 1. avsnitt er at restriksjonen ikke må begrense forhandlerens kunders salg. Vilkåret er ikke utdypet nærmere verken i forordning, retningslinjer eller juridisk teori. Ut fra en normal språklig forståelse synes det som at vilkåret gjelder for de situasjoner hvor størsteparten av forhandlerens kunder er utenfor eksklusivområdet, slik at disse vil miste tilgangen på produktene dersom det avtales territoriale videresalgsrestriksjoner for forhandlerens salg.

Det tredje kravet som stilles i art. 4 b) 1. avsnitt er at restriksjonen må gjelde forhandlerens aktive salg. Hva med avtaler som setter restriksjoner for forhandlerens passive salg? Ordlyden sier ingenting om denne formen for salg. Ut fra en antitetisk tolkning av bestemmelsen, samt en vurdering av retningslinjene pkt. 50, hvor gis ytterligere holdepunkter for at restriksjonene bare kan gjelde det aktive salget, kan man dra slutning det aldri vil være tillatt å sette restriksjoner for forhandlerens passive salg til andre forhandleres eller leverandørens eksklusivområder. Eneforhandleravtaler med slike restriksjoner vil derfor falle utenfor gruppefritaket. Grensedragningen mellom de to formene for salg er på denne bakgrunn av sentral betydning ved vurderingen av om eneforhandleravtaler med territoriale videresalgsrestriksjoner faller innenfor gruppefritaket. Det sentrale vurderingstemaet er derfor hvordan grensen skal trekkes. Det kan i den forbindelse slås fast at salgsbegrepet i seg selv omfatter både den naturlige forståelsen av salg, samt markedsføring som f. eks salgsfremstøt og reklame. Utgangspunkt må her tas i definisjonene som gis av aktivt og passivt salg i retningslinjene pkt. 50.

---

<sup>89</sup> Jf. preambelens pkt. 10.

I følge retningslinjene er salget aktivt dersom det skjer gjennom oppsøkende virksomhet, slik som henvendelse til individuelle kunder gjennom post eller besøk. Salgsfremstøt gjennom elektronisk kommunikasjon som e-post og SMS anses som post, og regnes derfor som aktivt salg. En mer indirekte form som også regnes som aktivt salg, er hvis forhandleren oppretter en distribusjonskanal eller et lager innenfor et annet eksklusivt område. Salget regnes imidlertid som passivt dersom det er forårsaket av en uoppfordret henvendelse fra individuelle kunder.

Vil reklame og lignende salgsfremstøt gjennom media regnes som aktivt eller passivt salg? Dette er betinget av hvordan reklamen er fremstilt. Dersom den fremstår som en spesifikk henvendelse mot en bestemt kundegruppe, eller kunder i et bestemt område, vil salget til slike kunder anses som aktivt salg. Salg som er et resultat av mer generelle fremstøt, som utgjør en rimelig måte å nå ut til kunder i ikke-eksklusive områder eller i eget område, og som i tillegg når ut til andre forhandleres eksklusive områder, regnes imidlertid ikke som aktivt salg.

Det oppstår særlige spørsmål når reklameringen og salgsfremstøtene skjer ved bruk av internett. Utgangspunktet til retningslinjene pkt. 51 er at enhver forhandler fritt skal kunne benytte internett til å reklamere for eller selge varer, men at bruken av dette mediet kan underlegges restriksjoner dersom det medfører aktivt salg i andres områder. Spørsmålet er da hvilken reklamering som fører til aktivt salg i andres områder. I følge retningslinjene anses det som aktivt salg dersom forhandleren setter linker til sin egen hjemmeside inne på nettstedet som gjelder spesielt for andre eksklusive områder eller kundegrupper. Derimot vil språkvalget på forhandlerens hjemmeside normalt ikke ha noen betydning. En engelsk forhandler kan således reklamere på tysk på hjemmesiden sin uten at det anses som aktivt salg. Det motsatte synspunkt kommer til uttrykk gjennom juridisk teori, hvor det anføres at reklamering på et annet språk må regnes som aktivt salg.<sup>90</sup> Retningslinjene tar ett forbehold fra adgangen til å selge varer på internett; det er tillatt med forbud mot salg på internett dersom dette er ”objektivt begrundet”. Det gis ingen nærmere forklaring på hvilke situasjoner det her siktes til. Det kan imidlertid

---

<sup>90</sup> Jf. Burrichter (2000) s. 145.

tenkes at dette er sikkerhetsventil for produkter som f.eks inneholder personsensitive opplysninger.

## 6 Restriksjoner på videresalg av konkurrerende produkter

### 6.1 Konkurransesklausuler i eneforhandleravtaler

Ved inngåelsen av eneforhandleravtaler er det vanlig at leverandøren og forhandleren utveksler konkurransefordeler ved at forhandleren gis eksklusivitet innenfor et område, mot at forhandleren ikke fører produkter som konkurrerer med leverandørens produkter.<sup>91</sup> Det kan også inngås avtale om at forhandleren ikke kan drive videresalg av konkurrerende produkter i et visst tidsrom etter at eneforhandleravtalen er avsluttet. Denne form for avtalekonstellasjon fører til at forhandleren får drive merkeeksklusiv eneforhandling, noe kan ha innvirkning på interbrand-konkurransen på det relevante marked til produktet.<sup>92</sup>

Ut fra en alminnelig forståelse av definisjonen av konkurranseklauseler i art. 1 b) kan det slås fast at de ovenstående avtalevilkår vil falle innenfor bestemmelsens definisjon om ”enhver direkte eller indirekte forpliktelse, som foranlediger kjøberen til ikke at [...] videresælge varer eller –tjenesteydelser, der konkurrerer med aftalevarerne eller tjenestene [...]”. Hvorvidt produktet konkurrerer med andre produkter må avgjøres på bakgrunn av om disse kan anses å operere på det samme produktmarked. Denne vurdering foretas ut fra avgrensningen av hva som er produktmarkedet for det aktuelle produktet.<sup>93</sup>

Forordningens art. 5 stiller bestemte kriterier for at de konkurranseklauseler som er nevnt ovenfor skal falle innenfor gruppefritaket. Leverandøren har derfor ikke full avtalefrihet på dette området. Det er bestemmelsens bokstav a) og b) som er relevante

---

<sup>91</sup> Jf. Stemshaug (1992) s. 1

<sup>92</sup> Jf. retningslinjene pkt. 106 og 171.

<sup>93</sup> Kapittel 4.3 tar for seg avgrensningen av det relevante marked, herunder det relevante produktmarked.

for eneforhandleravtaler.<sup>94</sup> Kriteriene i bestemmelsen gjelder uavhengig av om markedsandelsterskelen i art. 3 nr. 1 ikke er overskredet.<sup>95</sup>

## 6.2 Konkurransseklausuler under avtaleperioden

Art. 5 a) regulerer leverandørens adgang til å sette restriksjoner i eneforhandleravtalen som medfører at forhandleren ikke kan videreselge konkurrerende produkter under avtaleforholdet. Hvilke vilkår må oppfylles dersom klausulen skal falle under gruppefritaket?

I følge ordlyden i art. 5 a) er hovedregelen at gruppefritaket ikke gjelder for ”enhver direkte eller indirekte konkurranseklausul med ubegrenset varighet eller en varighet på over fem år [...]”. Anvender man bestemmelsen på eneforhandleravtaler, ser man ut fra en alminnelig forståelse at restriksjoner på videresalg av konkurrerende produkter må være tidsbegrenset til maksimum 5 år.<sup>96</sup> Partene står imidlertid fritt til å gjenforhandle konkurranseklausulen under avtaleperioden, og på denne måte vil bestemmelsen kunne omgås. I følge retningslinjene pkt. 58 er begge parter uttrykkelige samtykke påkrevd i et slikt tilfelle. Konkurransseklausuler som ”stiltiende fornys ud over en periode på fem år, betragtes som indgået på ubestemt tid”. Det kreves også her at begge partene samtykker uttrykkelig i forlengelsen.

På bakgrunn av at forordningen setter visse skanker for konkurranseklausuler, kan det stilles spørsmål om hvordan denne restriksjonen kan komme til uttrykk i eneforhandleravtalen. I følge ordlyden er både ”direkte eller indirekte” restriksjoner omfattet av bestemmelsen. Indirekte restriksjoner er omfattet på bakgrunn av at leverandøren ikke skal ha anledning til å omgå reglene i bestemmelsen.

---

<sup>94</sup> Art. 5 c) gjelder for konkurranseklausuler i selektive distribusjonsavtaler. Det er derfor utenfor avhandlingens område å gå nærmere inn på denne bestemmelsen.

<sup>95</sup> Jf. retningslinjene pkt. 57.

<sup>96</sup> Sammenlignet med den tidligere forordningen for eneforhandleravtaler, Kfo. 1983/83 innebærer art. 5 a) en innsnevring av partenes adgang til å avtale restriksjoner i form av forbud mot videresalg av konkurrerende produkter, da denne forordningen tillot at forbudet kunne vare like lenge som selve eneforhandleravtalen. Se Kfo. 1983/83 art. 2 (2) bokstav a.

Eneforhandleravtaler med konkurranseklausuler som bryter vilkåret i art. 5 a) direkte, kan for det første være avtaler hvor det ikke er fastsatt noen tidsbegrensning på restriksjonen på videresalg av konkurrerende produkter. Klausulen kan videre fremgå direkte ved at det finner sted en stilltiende fornyelse av avtalen, eller gjennom at restriksjonens varighet er fastsatt til mer enn 5 år. Når det gjelder eneforhandleravtaler med indirekte konkurranseklausuler, er vurderingstemaet om formålet med en bestemt handling har vært å omgå tidsbegrensningskravet i art. 5 a). Dette kan skje ved at forhandleren settes i en slik posisjon at han ikke har et reelt valg ved avgjørelsen om han fortsatt vil samtykke i merkeeksklusivitet til leverandørens produkter. I følge retningslinjene pkt. 58 kan dette være hindringer som praktisk sett hindrer forhandleren i å si opp dette avtalevilkåret når tidsbegrensningen er løpt ut. Dette kan eksempelvis være lån som leverandøren yter til forhandleren, hvor tilbakebetalingsordningen hindrer forhandleren i å si opp avtalerestriksjonen etter det tidsbegrensede utløp. Retningslinjene fastsetter videre at art. 5 a) ikke setter skranker for forhandlerens adgang til å utsette tilbakebetalingen i 1-2 år. Forhandleren får derfor en sjanse til å få salget opp på et visst nivå før avdragene starter. En slik tilbakebetalingsordning vil være i både leverandørens og forhandlerens interesse, samtidig som den er fordelaktig for konkurransen ved at flere forhandlere på denne måten lykkes i å etablere seg på markedet.

Bakgrunnen for at restriksjoner på videresalg av konkurrerende produkter er underlagt et tidsbegrensningskrav gjennom art. 5 a), er at eneforhandleravtalen i tillegg til å svekke intrabrand-konkurransen, nå også kan medføre en svekkelse av interbrand-konkurransen på det relevante marked.<sup>97</sup>

Det gjelder ett unntak fra tidsbegrensningskravet til art. 5 a). Hvis forhandleren leier ”grunde eller lokaler” som leverandøren eier eller som leverandøren leier av en tredjemann som ikke er tilknyttet forhandleren, kan klausulen gjelde like lenge som avtaleforholdet mellom partene. Dette gjelder igjen under forutsetning av at klausulen ikke overstiger leietiden på grunn og lokaler. Bakgrunnen for dette særlige unntak er i følge retningslinjene pkt. 59 rimelighetsbetraktninger i tilknytning til at forhandleren ikke skal kunne selge konkurrerende produkter fra lokaler som tilhører leverandøren

---

<sup>97</sup> Se nærmere om de negative virkninger til eneforhandleravtaler med konkurranseklausuler i kapittel 2.3



han har inngått eksklusivavtale med. Det fremgår imidlertid videre at kunstige eiendomsrettslige konstruksjoner som iverksettes for å unngå femårsgrensen ikke vil omfattes av unntaket. Dette skyldes at rimelighetsbetraktningene ikke vil gjøre seg gjeldende her, og at hensynene bak hovedregelen vil være de avgjørende.

### 6.3 Konkurransseklausuler etter eneforhandleravtalens utløp

Hovedregelen i art. 5 b) er at det ikke kan avtales restriksjoner i forhandlerens videresalg av konkurrerende produkter etter at eneforhandleravtalen er utløpt. Under forutsetning av at ”varigheden af en sådan konkurrenceklausul er begrænset til en periode på et år efter avtalens opphør” gjelder det imidlertid en snever adgang til sette slike restriksjoner etter avtalens opphør.

Kravene som stilles i art. 5 b) er kumulative. Det følger her at restriksjonen for det første må gjelde ”varer eller tjenester, som konkurrerer med aftalevarerne eller –tjenesterne”. Denne vurdering må gjøres i lys av hvorvidt produktene opererer på det samme produktmarked.<sup>98</sup> For det andre må restriksjonen være begrenset til ”den grund og det lokale hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden”. Juridisk teori synes å gi uttrykk for at Kommisjonen har lagt til grunn et snevert begrep, slik at restriksjonen ikke omfatter hele det tidligere eneforhandlerområdet.<sup>99</sup> Det tredje kriteriet er at restriksjonen er ”uomgjengelig nødvendig for at beskytte knowhow, som leverandøren har overført til køberen”. En nærmere definisjon av hva som menes her gis gjennom definisjonen av ”knowhow” i art. 1 f). Det fremgår her at den aktuelle knowhow bl.a. må være ”vesentlig”, dvs. at den må være ”uomgængeligt nødvendig for køberens [...] videresalg af aftalevarerne eller .tjenesterne”. Likevel vil kravet i art. 5 b) ikke gjelde for klausuler som vedrører begrensninger i ”udnyttelsen og videregivelsen af knowhow, der ikke er almindelig kendt”. Bakgrunnen for dette spesifikke unntak er at det gjelder særlige opphavsrettslige regler for denne form for knowhow.

### 6.4 Følger for konkurransseklausuler som strider mot art. 5

Hvilken rettslig følge vil det ha dersom eneforhandleravtalens klausul ikke oppfyller kravene i art. 5? Med utgangspunkt i ordlyden til art. 5 fremgår det at gruppefritaket ikke kommer til anvendelse på ”forpliktelser” i eneforhandleravtaler. En alminnelig

---

<sup>98</sup> Jf. kapittel 4.3.

forståelse av ordlyden tilsier at den rettslige virkning av at vilkårene i art. 5 ikke er oppfylt er at klausulen faller utenfor gruppefritaket. I retningslinjene pkt. 57 fremgår det imidlertid at ”gruppefritagelsen finder [dog] fortsatt anvendelse på den resterende del af [eneforhandleravtalen], hvis denne kan adskilles fra de forpligtelser, der ikke er fritatt”. Avtaler som ikke kan skilles fra klausulen kan for eksempel være eneforhandleravtaler på detaljleddet innenfor områder med meget sterk interbrand-konkurranse, hvor selve klausulen er den grunnleggende forutsetning for at produktet i en etableringsfase skal være konkurransedyktig i den aktuelle forretningen. Ser man bort fra denne særlige situasjon, kan det slås fast at det bare er selve klausulen og ikke eneforhandleravtalen i sin helhet som faller utenfor gruppefritaket. Klausulen kan imidlertid innvilges individuelt fritak jf. EF art. 81 (3), da det for det første fremgår av retningslinjene pkt. 158 at så lenge det ikke foreligger dominans på markedet kan en kombinasjon mellom konkurranseklausuler og eneforhandling ”der gælder i hele aftalens løbetid [være] berettiget”. Videre følger det av pkt. 171 at kombinasjonen mellom eneforhandling og forbud mot videresalg av andre konkurrerende produkter kan være konkurransefremmende under forutsetning av at klausulen ikke medfører noen ”væsentlig afskærmning”. Avtalen ”vil [da] kunne fritages i hele aftalens løbetid, især på grossistnivå”. Avskjermingen av markedet som skjer ved en slik kombinasjon medfører ikke ulemper for konsumentene i samme grad som en slik avtale på detaljnivå. Interbrand-konkurransen er derfor ikke direkte svekket her. Retningslinjene pkt. 62 fastsetter videre at det ikke gjelder noen ”illegalitetsformodning uden for gruppefritagelsesforordningen”.

---

<sup>99</sup> Jf. Mendelsohn og Rose (2002) s. 122

## 7 Litteraturliste

### 7.1 Bøker

- Borgli            Borgli Anneke Biesheuvel. *Institusjoner og rettskildelære i EF og EØS – en introduksjon*. Anneke Biesheuvel og Finn Arnesen. 1. utg. Oslo, 1993.
- EU-karnov        *EU-karnov*. Jørgen Molde, Bo Vesterdorf, Nina Holst-Christensen og Karsten Hagel-Sørensen. 7. utg. København, 2001.
- EØS-rett         *EØS-rett*. Frederik Sejersted ... [et al.]. 1. utg. Oslo, 1995.
- Faull             Faull Jonathan. *The EC Law of Competition*. Jonathan Faull og Ali Nikpay. 1. utg. Oxford, 1999.
- Jones             Jones, Alison. *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials* Alison Jones og Brenda Sufrin. 1. utg. Oxford, 2001.
- Korah             Korah, Valentine. *Distribution agreements under the EC competition rules*. Valentine Korah og Denis O’Sullivan, 1. utg. Oxford, 2002.
- Mendelsohn     Mendelsohn, Martin. *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*. Mendelsohn, Martin og Stephen Rose. International Competition Law Series, 1. utg. The Hague, 2002.
- Stemshaug       Stemshaug, Helge. *Exclusive distribution agreements under EEC competition law*. IUSEF nr. 6. 1. utg. Oslo, 1992
- Whish            Whish, Richard. *Competition Law*. 4. utg. London, 2001

## 7.2 Artikler

- Burrichter     Burrichter, Jochen. "Vertical restraints and E-commerce" [2000]  
I: *Fordham Corporate Law Institute s.131-149.*
- Iversen        Iversen, Bent. "Ny EU-gruppefritagelsesforordning for vertikale aftaler  
og samordnet praksis". I: *Juristen nr. 6 – 2000 s. 219-230.*
- Mahieu        Mahieu, Katinka. "Vertikale avtaler i IKT-sektoren". I: *Tidsskrift for  
forretningsjuss 2001 s. 62-77.*
- Whish         Whish, Richard: Regulation 2790/99. "The Commission's "new style"  
block exemption for vertical agreements". I: *CMLR nr 37 2000 s. 887-  
924*

## 7.3 Elektroniske dokumenter

- Sørgard        Sørgard, Lars. (2003). *Konkurransestrategi* [online]. Tilgang:  
<http://www.fagbokforlaget.no/konkurransestrategi/download/VERTIKALE-tra.doc> [10.10.03].

## **8 Lovgivning og kommisjonsmeddelelser**

### **8.1 Traktater**

Traktat om den Europæiske Union af 07.02.92. EF-Tidende nr. C 191 af. 29/07/92

Art. 4

Art. 81

Art. 83

Art. 220

Art. 249

### **8.2 Forordninger**

Raadets forordning nr. 19/65/EOEF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. (3), paa kategorier af aftaler og samordnet praksis EF-Tidende nr. P 036 af 06/03/1965 s. 0533 – 0535

Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, paa kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EOES-relevant tekst) EF-Tidende nr. L 336 af 29/12/1999 s. 0021 - 0025

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EØS-relevant tekst) EF-Tidende nr. L 001 af 04/01/2003 s. 0001 - 0025

Kommissionens forordning (EF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, paa visse kategorier af teknologioverførselsaftaler (Tekst af betydning for EOES) EF-Tidende nr. L 031 af 09/02/1996 s. 0002 - 0013

Kommissionens forordning (EOEF) nr. 1983/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, paa kategorier af eneforhandlingsaftaler EF-Tidende NR. L 281 Af 13/10/1983 S. 0024

Raadets forordning (EOEF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med virksomhedssammenslutninger EF-Tidende nr. L 040 af 13/02/1998 s. 0017 - 0017

### 8.3 Kommisjonsmeddelelser

Kommisjonens meddelelse - Retningslinjer for vertikale begrænsninger OJ 2000, C 191/1.

Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81 (1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) OJ 1997, C 368/07.

Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret - OJ 1997, C 372/3.

Green paper on vertical restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721 final.

Communication on the Application of the EC Competition Rules to Vertical Restraints – Follow-up to the Green paper on Vertical Restraints – OJ 1998, C 365/3

## Vedlegg

### KOMMISSIONENS FORORDNING (EF) Nr. 2790/1999

af 22. december 1999

om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EØS-relevant tekst)

#### KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR -

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,  
under henvisning til Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler og samordnet praksis(1), senest ændret ved forordning nr. (EF) 1215/1999(2), særlig artikel 1,  
efter offentliggørelse af et udkast til denne forordning(3),  
efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og  
ud fra følgende betragtninger:

(1) I henhold til forordning nr. 19/65/EØF har Kommissionen beføjelse til ved forordning at anvende traktatens artikel 81, stk. 3, (tidligere artikel 85, stk. 3) på visse kategorier af vertikale aftaler og tilsvarende samordnet praksis, der falder ind under artikel 81, stk. 1.

(2) De hidtidige erfaringer gør det muligt at definere en kategori af vertikale aftaler, som normalt kan anses for at opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3.

(3) Denne kategori omfatter vertikale aftaler om køb eller salg af varer eller tjenesteydelser, der indgås mellem ikke-konkurrerende virksomheder, mellem visse konkurrenter eller af visse sammenslutninger af detailhandlere, der sælger varer. Den omfatter tillige vertikale aftaler, der indeholder accessoriske bestemmelser om overdragelse eller udnyttelse af immaterialrettigheder. I nærværende forordning omfatter begrebet vertikale aftaler tilsvarende samordnet praksis.

(4) Ved anvendelsen af artikel 81, stk. 3, ved forordning er det ikke nødvendigt at fastslå, hvilke vertikale aftaler der kan falde ind under artikel 81, stk. 1. Ved en individuel bedømmelse af aftaler i henhold til artikel 81, stk. 1, skal der tages hensyn til en række faktorer, navnlig markedsstrukturen på køberside og sælgerside.

(5) Gruppefritagelsen bør begrænses til at omfatte vertikale aftaler, som med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3.

(6) Vertikale aftaler som defineret i denne forordning kan forbedre den økonomiske effektivitet inden for en produktions- eller distributionskæde ved at muliggøre bedre koordinering mellem de deltagende virksomheder. De kan navnlig medføre en reduktion af parternes transaktions- og distributionsomkostninger og optimere deres afsætnings- og investeringsniveau.

(7) Sandsynligheden for, at sådanne effektivitetsfremmende virkninger opvejer eventuelle virkninger til skade for konkurrencen, som skyldes begrænsninger indeholdt i vertikale aftaler, afhænger af den grad af markedsstyrke, som de pågældende virksomheder besidder, og dermed i hvilket omfang disse virksomheder er udsat for konkurrence fra andre leverandører af varer eller tjenester, som køberen anser for indbyrdes ombyttelige eller substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

(8) Det må formodes, at vertikale aftaler, der ikke indeholder visse typer af alvorlige konkurrencebegrænsninger, generelt medfører en forbedring af produktionen eller distributionen og sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, såfremt leverandørens andel af det relevante marked ikke overstiger 30 %. For så vidt angår vertikale aftaler, der indeholder eksklusive leveringsforpligtelser, er det køberens markedsandel, der er relevant med henblik på at fastslå aftalens samlede virkninger på markedet.

(9) Over markedsandelstærsklen på 30 % er der ikke nogen formodning for, at vertikale aftaler, der falder ind under artikel 81, stk. 1, normalt medfører objektive fordele af en sådan karakter og et sådant omfang, at disse opvejer de ulemper, de har for konkurrencen.

(10) Denne forordning bør ikke fritage vertikale aftaler, der indeholder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at opnå ovennævnte positive virkninger. Navnlig bør vertikale aftaler, som indeholder visse former for alvorlige konkurrencebegrænsninger, såsom mindste og faste videresalgspriser samt visse former for områdebeskyttelse, ikke være omfattet af den gruppefritagelse, der indføres ved denne forordning, uanset de deltagende virksomheders markedsandel.

(11) Med henblik på at sikre konkurrerende virksomheders adgang til eller at forhindre ulovlig samordning på det relevante marked bør der knyttes visse betingelser til gruppefritagelsen. I denne forbindelse bør fritagelsen af konkurrenceklausuler begrænses til klausuler, der ikke overskrider en bestemt varighed. Af samme grund bør bestemmelser, der direkte eller indirekte forpligter medlemmerne af et selektivt distributionssystem til at undlade at sælge bestemte konkurrerende leverandørers mærker, ikke kunne drage fordel af nærværende forordning.

(12) Markedsandelstærsklen, undtagelsen fra fritagelsen af visse vertikale aftaler og de betingelser, der fastsættes i forordningen, sikrer normalt, at aftaler, som er omfattet af gruppefritagelsen, ikke giver de deltagende

virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

(13) I konkrete tilfælde, hvor aftaler, der falder ind under denne forordning, alligevel har virkninger, der er uforenelige med artikel 81, stk. 3, kan Kommissionen erklære gruppefritagelsen uanvendelig. Dette kan navnlig være tilfældet, såfremt køberen har betydelig markedsstyrke på det relevante marked, hvor denne videresælger varerne eller udbyder tjenesterne, eller såfremt parallelle net af vertikale aftaler har lignende virkninger, som i væsentlig grad hindrer adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette. Sådanne kumulative virkninger kan eksempelvis opstå i tilfælde af selektiv distribution og konkurrenceklausuler.

(14) Forordning nr. 19/65/EØF beføjede medlemsstaternes kompetente myndigheder til at erklære gruppefritagelsen uanvendelig på vertikale aftaler, der er uforenelige med betingelserne i artikel 81, stk. 3, såfremt disse aftaler har virkninger, som falder på hele eller en del af de respektive medlemsstaters område, og dette område har de karakteristika, der kendetegner et særskilt geografisk marked. Medlemsstaterne bør sikre, at udøvelsen af denne beføjelse ikke forhindrer en ensartet anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler overalt inden for fællesmarkedet, samt at de foranstaltninger, der træffes til gennemførelse af disse regler, fungerer effektivt.

(15) For at styrke tilsynet med parallelle net af vertikale aftaler, som har lignende restriktive virkninger, og som omfatter mere end 50 % af et givet marked, kan Kommissionen erklære denne forordning uanvendelig på vertikale aftaler, der indeholder bestemte begrænsninger, der vedrører det pågældende marked, hvorved artikel 81 i sin helhed igen finder anvendelse på sådanne aftaler.

(16) Denne forordning berører ikke anvendelsen af artikel 82.

(17) I overensstemmelse med princippet om Fællesskabsrettens forrang bør ingen foranstaltning truffet på grundlag af nationale konkurrenceregler være til skade for den ensartede anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler inden for hele fællesmarkedet eller for den fulde virkning af enhver foranstaltning, truffet til gennemførelse af disse regler, herunder nærværende forordning -

**UDSTEDT FØLGENDE FORORDNING:**

## Artikel 1

I denne forordning

- a) forstås ved "konkurrerende virksomheder" faktiske eller potentielle leverandører på det samme produktmarked; dette produktmarked omfatter varer eller tjenester, som af køberen anses for indbyrdes ombyttelige eller substituerbare med aftalevarerne eller -tjenesterne på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål
- b) forstås ved "konkurrenceklausul" enhver direkte eller indirekte forpligtelse, som foranlediger køberen til ikke at fremstille, købe, sælge eller videresælge varer eller tjenesteydelser, der konkurrerer med aftalevarerne eller -tjenesterne, eller som direkte eller indirekte forpligter køberen til fra leverandøren eller en anden virksomhed, udpeget af leverandøren, at købe mere end 80 % af køberens samlede indkøb af aftalevarerne eller -tjenesterne og af varer eller tjenester, der på det relevante marked er substituerbare hermed, beregnet på grundlag af værdien af køberens indkøb det foregående kalenderår
- c) forstås ved "eksklusiv leveringsforpligtelse" enhver direkte eller indirekte forpligtelse, som foranlediger leverandøren til udelukkende at sælge de varer eller tjenesteydelser, der er specificeret i aftalen, til en enkelt kunde inden for Fællesskabet til et bestemt anvendelsesformål eller til videresalg
- d) forstås ved "selektivt distributionssystem" et salgssystem, hvor leverandøren forpligter sig til, enten direkte eller indirekte, at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt
- e) omfatter "immaterielrettigheder" industrielle ejendomsrettigheder, ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder
- f) forstås ved "knowhow" en pakke upatenteret praktisk viden, som leverandøren har opnået gennem erfaringer og afprøvning, og som er hemmelig, væsentlig og identificeret; i denne sammenhæng forstås ved "hemmelig", at den pågældende knowhow som helhed eller knowhow-elementernes konkrete konstellation ikke er almindelig kendt eller lettilgængelig; ved "væsentlig" forstås, at den pågældende knowhow omfatter viden, der er uomgængeligt nødvendig for køberens brug, salg eller videresalg af aftalevarerne eller -tjenesterne; ved "identificeret" forstås, at den pågældende knowhow skal beskrives på en måde, der er tilstrækkelig omfattende til, at det kan fastslås, om den opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne
- g) omfatter "køber" en virksomhed, som i henhold til en aftale, der falder ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 81, stk. 1, sælger varer eller tjenester på en anden virksomheds vegne.

## Artikel 2

1. I henhold til traktatens artikel 81, stk. 3, og med forbehold af denne forordnings bestemmelser erklæres artikel 81, stk. 1, herved uanvendelig på aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne forordning virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler eller denne



praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester (i det følgende benævnt "vertikale aftaler").

Denne fritagelse finder anvendelse for så vidt som disse aftaler indeholder konkurrencebegrænsninger, der falder ind under artikel 81, stk. 1 (i det følgende benævnt "vertikale begrænsninger").

2. Fritagelsen efter stk. 1 gælder kun for vertikale aftaler, der indgås mellem en sammenslutning af virksomheder og dens medlemmer, eller mellem en sådan sammenslutning og dens leverandører, såfremt samtlige medlemmer er detailhandlere af varer, og såfremt intet individuelt medlem af sammenslutningen og dets forbundne virksomheder har en samlet årsomsætning, der overstiger 50 mio. EUR; at vertikale aftaler indgået af sådanne sammenslutninger er omfattet af denne forordning ikke er til hinder for anvendelsen af artikel 81 på horisontale aftaler, indgået mellem medlemmerne af sammenslutningen, eller på beslutninger truffet af sammenslutningen.

3. Fritagelsen efter stk. 1 gælder for vertikale aftaler, der indeholder bestemmelser, som vedrører overdragelsen til køberen af immaterialrettigheder eller dennes udnyttelse heraf, forudsat at disse bestemmelser ikke udgør hovedformålet med sådanne aftaler, og at de er direkte forbundet med køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Fritagelsen er betinget af, at bestemmelserne i forhold til aftalevarerne og -tjenesterne ikke indeholder konkurrencebegrænsninger, der har samme formål eller virkninger som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter denne forordning.

4. Fritagelsen efter stk. 1 gælder ikke for vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder; den finder dog anvendelse i tilfælde, hvor konkurrerende virksomheder indgår en ikke-gensidig vertikal aftale, og:

a) køberen har en samlet årsomsætning på højst 100 mio. EUR, eller

b) leverandøren er en producent og forhandler af varer og køberen er en forhandler, der ikke producerer varer, som konkurrerer med aftalevarerne, eller

c) leverandøren er en udbyder af tjenester på flere niveauer i omsætningen, og køberen ikke leverer konkurrerende tjenester på det niveau i omsætningen, hvor denne køber kontraktstjenesterne.

5. Denne forordning gælder ikke for vertikale aftaler, hvis genstand er omfattet af anvendelsesområdet for andre gruppefritagelsesforordninger.

### Artikel 3

1. Med forbehold af stk. 2 i nærværende artikel gælder fritagelsen efter artikel 2 på betingelse af, at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne sælger aftalevarerne eller -tjenesterne.

2. I tilfælde af vertikale aftaler, som indeholder eksklusive leveringsforpligtelser, gælder fritagelsen efter artikel 2 på betingelse af, at køberens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne køber aftalevarerne eller -tjenesterne.

### Artikel 4

Fritagelsen efter artikel 2 gælder ikke for vertikale aftaler, der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har følgende formål:

a) begrænsning i køberens adgang til at fastsætte sin salgspris med forbehold af leverandørens mulighed for at fastsætte maksimumssalgspriser eller vejledende salgspriser, forudsat at disse ikke som følge af pres eller incitamenter fra den ene af parterne får karakter af faste priser eller minimumssalgspriser

b) begrænsning af det område eller den kundegruppe hvortil køberen må sælge kontraktstjenesterne og -tjenesterne, undtagen:

- begrænsningen af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som er reserveret leverandøren, eller som leverandøren har tildelt en anden køber, forudsat at begrænsningen ikke begrænser køberens kunders salg

- begrænsningen af køberens salg til slutbrugere, såfremt køberen driver virksomhed i engrosledet

- begrænsningen af de i et selektivt distributionssystem deltagende virksomheders salg til uautoriserede forhandlere, og

- begrænsningen af køberens adgang til at sælge komponenter, der er leveret med henblik på indarbejdning, til kunder, som ville anvende dem til at producere samme type varer som dem, der fremstilles af leverandøren

c) begrænsningen af aktivt eller passivt salg til slutbrugere for medlemmer af et selektivt distributionssystem, der opererer i detailledet, med forbehold af adgangen til at forbyde et medlem af systemet at drive virksomhed fra et uautoriseret etableringssted

d) begrænsningen af krydsleverancer mellem forhandlere inden for et selektivt distributionssystem, herunder mellem forhandlere, der virker på forskellige niveauer i omsætningen

e) en begrænsning aftalt mellem en leverandør af komponenter og en køber, der indarbejder disse komponenter, som hindrer leverandøren i at sælge de pågældende komponenter som reservedele til slutbrugere, eller til reparatører eller tjenesteydere, som ikke er udpeget af køberen til at reparere eller yde service på køberens varer.

### Artikel 5

Fritagelsen efter artikel 2 gælder ikke for nogen af følgende forpligtelser indeholdt i vertikale aftaler:

a) enhver direkte eller indirekte konkurrenceklausul med ubegrænset varighed eller en varighed på over fem år; en konkurrenceklausul, som stiltiende fornys ud over en periode på fem år, betragtes som indgået på ubestemt tid; tidsbegrænsningen på fem år gælder dog ikke, såfremt kontraktstvarerne eller -tjenesterne sælges af køberen fra grunde og lokaler, der ejes af leverandøren, eller som leverandøren lejer af en tredjemand, der ikke er forbundet med køberen, forudsat at konkurrenceklausulens varighed ikke overstiger den periode, hvori køberen benytter grundene og lokalerne

b) enhver direkte eller indirekte forpligtelse, som foranlediger køberen til efter aftalens ophør ikke at fremstille, købe, sælge eller videresælge varer eller tjenester, medmindre en sådan forpligtelse:

- vedrører varer eller tjenester, som konkurrerer med aftalevarerne eller -tjenesterne, og

- er begrænset til den grund og det lokale, hvorfra køberen drev virksomhed i kontraktperioden, og

- er uomgængelig nødvendig for at beskytte knowhow, som leverandøren har overført til køberen, forudsat at varigheden af en sådan konkurrenceklausul er begrænset til en periode på et år efter aftalens ophør; denne forpligtelse er ikke til hinder for at pålægge en tidsbegrænset begrænsning i udnyttelsen og videregivelsen af knowhow, der ikke er almindelig kendt

c) enhver direkte eller indirekte forpligtelse, der foranlediger medlemmerne af et selektivt distributionssystem til at undlade at sælge bestemte konkurrerende leverandørers mærker.

#### Artikel 6

Kommissionen kan i medfør af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 19/95/EØF undlade at anvende denne forordning, hvis den i et konkret tilfælde konstaterer, at vertikale aftaler, der er omfattet af denne forordning, alligevel har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, især hvis konkurrerende leverandørers eller køberes parallelle net af lignende vertikale aftaler tilsammen bevirker, at adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette marked begrænses i væsentlig grad.

#### Artikel 7

Når vertikale aftaler, der er omfattet af fritagelsen efter artikel 2, i et konkret tilfælde har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, på hele eller en del af en medlemsstats område, som har alle de karakteristika, der kendetegner et særskilt geografisk marked, kan den pågældende medlemsstats kompetente myndighed undlade at anvende denne forordning med hensyn til dette område, på de samme betingelser som i artikel 6.

#### Artikel 8

1. Kommissionen kan i medfør af artikel 1 a i forordning nr. 19/65/EØF fastsætte, at nærværende forordning i tilfælde, hvor parallelle net af lignende vertikale begrænsninger dækker mere end 50 % af et relevant marked, ikke finder anvendelse på vertikale aftaler, som indeholder bestemte begrænsninger, der vedrører det pågældende marked.

2. En forordning i henhold til stk. 1, finder tidligst anvendelse seks måneder efter, at den er vedtaget.

#### Artikel 9

1. Den markedsandel på 30 %, der er fastsat i artikel 3, stk. 1, beregnes på grundlag af værdien på afsætningsmarkedet af aftalevarerne eller -tjenesterne og andre varer eller tjenester, der sælges af leverandøren, og som køberen anser for ombyttelige eller substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og tilsigtede anvendelsesformål; hvis ikke der foreligger oplysninger om værdien på afsætningsmarkedet, kan den pågældende virksomheds markedsandel fastlægges skønsmæssigt på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger, herunder de afsatte mængder. I relation til artikel 3, stk. 2, foretages beregningen af markedsandelen på grundlag af værdien på købsmarkedet eller i mangel heraf dennes skønnede værdi.

2. Med hensyn til anvendelsen af den i artikel 3 fastsatte grænse for markedsandele gælder følgende regler:

a) markedsandelen beregnes på grundlag af oplysninger vedrørende det foregående kalenderår

b) markedsandelen omfatter varer og tjenester leveret til integrerede forhandlere med henblik på videresalg

c) hvis markedsandelen indledningsvis ikke overstiger 30 %, men efterfølgende overskrider denne tærskel, uden dog at overstige 35 %, gælder fritagelsen efter artikel 2 fortsat i en periode på to på hinanden følgende kalenderår efter det år, hvori tærsklen på 30 % første gang blev overskredet

d) hvis markedsandelen indledningsvis ikke overstiger 30 %, men efterfølgende overstiger 35 %, gælder fritagelsen efter artikel 2 fortsat i et kalenderår efter det år, hvori niveauet på 35 % første gang blev overskredet

e) anvendelsen af litra c) og d) kan ikke kombineres med det resultat, at en periode på to kalenderår overskrides.

#### Artikel 10

1. Med hensyn til beregningen af den samlede årsomsætning, som er fastsat i artikel 2, stk. 2 og 4, sammenlægges den omsætning, som den pågældende aftalepart og de med denne forbundne virksomheder har

haft for alle varer og tjenester i det foregående regnskabsår, eksklusiv alle former for skatter og afgifter. I denne forbindelse skal handelen mellem den virksomhed, der er part i den vertikale aftale, og de med denne forbundne virksomheder eller mellem dens forbundne virksomheder ikke medregnes.

2. Fritagelsen efter artikel 2 gælder fortsat i tilfælde, hvor den samlede årsomsætningstærskel i en hvilken som helst periode på to på hinanden følgende regnskabsår overskrides med højst 10 %.

#### Artikel 11

1. I denne forordning omfatter udtrykkene "virksomhed", "leverandør" og "køber" tillige disses respektive forbundne virksomheder.

2. Forbundne virksomheder er:

a) virksomheder, hvori en af aftaleparterne direkte eller indirekte

- kan udøve mere end halvdelen af stemmerettighederne, eller

- kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne af bestyrelsen, direktionen eller andre organer, som repræsenterer virksomheden i retlig henseende, eller

- har ret til at lede virksomhedens forretninger

b) virksomheder, som direkte eller indirekte har de under litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser over en af aftaleparterne

c) virksomheder, hvori en af de under litra b) nævnte virksomheder direkte eller indirekte har de under litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser

d) virksomheder, hvori en aftalepart sammen med en eller flere af de af litra a), b) eller c) nævnte virksomheder, eller hvori to eller flere af sidstnævnte virksomheder i fællesskab, har de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser

e) virksomheder, hvori de i litra a) nævnte rettigheder eller beføjelser indehaves i fællesskab af:

- aftaleparter eller deres respektive forbundne virksomheder, som omhandlet i litra a) til d), eller

- en eller flere af aftaleparterne eller en eller flere af deres forbundne virksomheder, som omhandlet i litra a) til d), og en eller flere tredjemænd.

3. I forbindelse med artikel 3 fordeles de i stk. 2, litra e), i nærværende artikel omhandlede virksomheders markedsandel ligeligt mellem de virksomheder, der har de i stk. 2, litra a), nævnte rettigheder og beføjelser.

#### Artikel 12

1. Fritagelser i henhold til Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83(4), (EØF) nr. 1984/83(5) og (EØF) nr. 4087/88(6) gælder fortsat indtil den 31. maj 2000.

2. Forbuddet i traktatens artikel 81, stk. 1, gælder ikke i perioden fra 1. juni 2000 til 31. december 2001 for aftaler, der allerede er i kraft den 31. maj 2000, og som ikke opfylder betingelserne for fritagelse efter nærværende forordning, men som opfylder betingelserne for fritagelse efter forordning (EØF) nr. 1983/83, (EØF) nr. 1984/83 eller (EØF) nr. 4087/88.

#### Artikel 13

Denne forordning træder i kraft den 1. januar 2000.

Den anvendes fra den 1. juni 2000, med undtagelse af artikel 12, stk. 1, der anvendes fra den 1. januar 2000.

Den anvendes indtil den 31. maj 2010.

Denne forordning er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat.

Udfærdiget i Bruxelles, den 22. december 1999.

På Kommissionens vegne

Mario MONTI

Medlem af Kommissionen

(1) EFT 36 af 6.3.1965, s. 533/65.

(2) EFT L 148 af 15.6.1999, s. 1.

(3) EFT C 270 af 24.9.1999, s. 7.

(4) EFT L 173 af 30.6.1983, s. 1.

(5) EFT L 173 af 30.6.1983, s. 5.

(6) EFT L 359 af 28.12.1988, s. 46.

